

Fremstilling av hvorvidt de rettslige virkemidlene ved brudd på regelverket om offentlige anskaffelser er egnet til effektivt å avverge og begrense korrump tildeling av oppdrag.



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 526
Leveringsfrist: 26.04.2011

Til sammen 17 999 ord.

26.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Innledende bemerkninger om temaet	1
1.2	Fokus.....	2
1.3	Rettslig problemstilling	2
1.4	Korrupsjonsbegrepet.....	3
1.5	Avgrensninger	3
1.6	Den videre fremstilling.....	4
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDET</u>	<u>5</u>
<u>3</u>	<u>GENERELT OM ANSKAFFELESREGELVERKET</u>	<u>9</u>
3.1	Lovverket.....	9
3.2	Anvendelsesområdet.....	9
3.3	Formål	9
3.4	Grunnleggende krav.....	10
3.5	Forskriften.....	11
3.6	Virkemidlene ved regelbrudd	12
<u>4</u>	<u>RETTSLIGE VIRKEMIDLER I ANSKAFFELESREGELVERKET SOM KAN ANVENDES NÅR EN TILDELINGSBESLUTNING SOM ER MOTIVERT AV BESTIKKELSER ANGRIPES FØR KONTRAKTSINNGÅELEN</u>	<u>14</u>
4.1	Innledning	14

4.2 Spørsmålet om anskaffelsesregelverket oppstiller en plikt for oppdragsgiver til å stanse en forestående kontraktsinngåelse når det avdekkes at kontraktsinngåelsen er motivert av bestikklser 15

4.2.1 Beviskrav for at leverandøren er skyldig i korrupsjon 16

4.3 Rettslige virkemidler i anskaffelsesregelverket som en leverandør kan anvende for å stanse kontraktsinngåelsen når denne har mistanke eller bevis for at tildelingsbeslutningen er motivert av bestikklser 20

4.3.1 Innledning 20

4.3.2 Klage til oppdragsgiver..... 20

4.3.3 Klage til KOFA 22

4.3.4 Henvendelse til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet om stansningspålegg.. 24

4.3.5 Klage til ESA..... 24

4.3.6 Begjæring om midlertidig forføyning og søksmål om tilsidesettelse av oppdragsgivers lovstridige beslutning 25

4.3.6.1 Innledning 25

4.3.6.2 Begjæring om midlertidig forføyning 26

4.3.6.3 Søksmål om tilsidesettelse av oppdragsgivers lovstridige beslutning 29

5 RETTSLIGE VIRKEMIDLER I ANSKAFFELESREGELEKETE SOM KAN ANVENDES NÅR EN KONTRAKTSTILDELING SOM ER MOTIVERT AV BESTIKKELESER ANGRIPES ETTER KONTRAKTSINNGÅELEN 31

5.1 De rettslige konsekvensene for den inngåtte kontrakten når det avdekkes at inngåelsen var motivert av bestikklser 31

5.2 Erstatningskrav fra leverandører som er påført tap som følge av regelbruddet .. 33

5.2.1 Erstatningskrav fra leverandører som har deltatt i konkurranse om kontrakten 33

5.2.1.1 Erstatning for den negative kontraktsinteresse 36

5.2.1.1.1 Særregel for visse tilfeller av klanderverdig opptreden fra oppdragsgiver..... 37

5.2.1.2 Erstatning for den positive kontraktsinteresse..... 37

5.2.1.3 Erstatningskrav etter skadeserstatningsloven § 1-6..... 38

5.2.1.4 Særlig om leverandørens rett til å kreve erstatning for kostnader pådratt ved klagebehandling hos klageorganer før og etter kontraktsinngåelse..... 40

5.2.2 Erstatningskrav fra potensielle leverandører..... 42

6 ANDRE RETTSLIGE KONSEKVENSER SOM
ANSKAFFELSESREGELVERKET GIR ANVISNING PÅ NÅR DET BEGÅS
KORRUPSJON I FORBINDELSE MED PROSESSEN 43

6.1 De rettslige konsekvensene som anskaffelsesregelverket oppstiller for den enkelte leverandør som gjør seg skyldig i korrupsjon under prosessen 43

- 6.1.1 Utelukkelse fra offentlige anskaffelser 43
 - 6.1.1.1 Pliktig avvisning dersom leverandøren blir dømt for korrupsjonen 43
 - 6.1.1.2 Rekkevidden..... 44
 - 6.1.1.2.1 Lovbruddets alvorlighetsgrad 46
 - 6.1.1.2.2 Det tidsmessige aspektet av avvisningsplikten..... 46
 - 6.1.1.2.3 Konsekvensene av utestengningen 47
 - 6.1.1.2.4 Betydningen av opprydningstiltak for å hindre fremtidige lovbrudd 48
 - 6.1.1.2.5 Identifikasjonsspørsmålet 49
 - 6.1.1.2.6 Kravet om rettskraftig dom 52
 - 6.1.1.3 Oppdragsgivers rett til å avvise leverandøren 54

6.2 Øvrige rettslige konsekvenser for oppdragsgiveren når denne eller en som handler på dennes vegne har gjort seg skyldig i korrupsjon under prosessen..... 56

- 6.2.1 Overtredelsesgebyr ved ulovlig direkte anskaffelse 56

6.3 Rettslige konsekvenser for den eller de enkelte ansatte hos oppdragsgiver som gjør seg skyldig i korrupsjon under prosessen..... 57

7 VURDERING AV OM VIRKEMIDLENE VED REGELBRUDD ER EGNET TIL
EFFEKTIVT Å AVVERGE OG BEGRENSE KORRUPT TILDELING AV OPPDRAGS

7.1 Innledning 58

7.2 Vurdering av de rettslige virkemidlene ved regelbrudd 58

7.3 Nye håndhevelsesregler vedtatt i EU 61

7.4 Sammenfatning 63

8 LITTERATURLISTE 64

8.1 Lover 64

8.2	Forskrifter	65
8.3	Forarbejder	65
8.4	Domsregister	66
8.5	Praksis fra KOFA	67
8.6	Veiledninger til regelverket om offentlige anskaffelser	67
8.7	EU/EØS-kilder	68
8.8	Bøker	69
8.9	Artikler	70
8.10	Henvisninger til nettsider	70

1 Innledning

1.1 Innledende bemerkninger om temaet

Offentlig sektor foretar årlig anskaffelser for nesten 400 milliarder kroner.¹

Anskaffelsene favner over et vidt spekter, med alt fra skolemateriell, sykehjemstjenester til bygg og anlegg. Måten det offentlige foretar disse innkjøpene, har stor betydning for graden av effektiv offentlig ressursbruk, og har dermed også stor innvirkning på samfunnsøkonomien i sin helhet. Disse betraktningene ligger til grunn for utformingen av regelverket om offentlige anskaffelser. Regelverket skal sikre at anskaffelsene foretas på en mest mulig samfunnstjenlig måte, ved kostnadseffektive innkjøp, basert på forretningsmessighet og rettferdig konkurranse mellom leverandørene.² Det skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at anskaffelsene skjer på en redelig måte.³ Ved å oppstille materielle og prosessuelle krav til prosessens gjennomføring skal disse formålenes oppnås. Anskaffelsene skal som hovedregel gjennomføres med anbudskonkurranser, hvor det tilbud som er mest økonomisk fordelaktig eller har den laveste prisen velges.⁴

Korrupsjon er en trussel mot korrekt anvendelse av reglene om offentlige anskaffelser. Avdekkingen av flere store korrupsjonssaker⁵ knyttet til offentlige anskaffelser i de senere år, har vist at anskaffelsesprosessene er svært utsatt for misligheter, særlig korrupsjon.

¹ Statistisk sentralbyrå.

² Offanskl. § 1.

³ L.c.

⁴ Forskrift om offentlige anskaffelser §§ 13-2 og 22-2 (1).

⁵ Rt. 2008 s. 1473 Undervisningsbyggsaken, Borgarting lagmannsrett dom 21.06.2010 (LB-2009-35191) Ullevål universitetssykehussaken, Eidsivating lagmannsrett dom 28.05.2010 (LE-2008-46619) Vannverksaken.

1.2 Fokus

I de senere år har det foregått et omfattende nasjonalt og internasjonalt arbeid for å motvirke korrupsjon. Her til lands har vi som følge av dette arbeidet fått nye korrupsjonsbestemmelser i straffeloven, og det er også iverksatt en rekke tiltak i virksomhetene for å forebygge korrupsjon. Denne avhandlingen skal imidlertid konsentreres om korrupsjon på rettsområdet offentlige anskaffelser, og de virkemidler og sanksjoner dette lovverket oppstiller når det foreligger et slikt brudd på regelverket.

Oppdragsgiver skal sørge for at prosessen gjennomføres i henhold til regelverket. Dersom det begås regelbrudd medfører det at denne må gjennomføre nødvendige tiltak for å avhjelpe og rette opp den feilen som er begått. For dette formålet oppstiller regelverket en rekke ulike virkemidler og sanksjoner som kommer til anvendelse når det foreligger regelbrudd. Disse er hovedsakelig utformet slik at leverandører som deltar i konkurransen eller som potensielt kunne deltatt, men som urettmessig er frarøvet denne muligheten, selv kan angripe regelbrudd. Leverandørene kan fremsette klage til flere ulike organer og angripe oppdragsgivers beslutninger ved domstolene. Regelverket gir også oppdragsgiver rett og plikt til å avvise leverandører som har gjort seg skyldig i korrupsjon. Bortsett fra avvisningsreglene, er virkemidlene generelt utformet for ulike regelbrudd som kan forekomme under prosessen, og ikke spesielt rettet mot korrupsjon. Avhandlingen skal redegjøre for om de rettslige virkemidlene regelverket gir anvisning på ved regelbrudd, er egnet til effektivt å avverge og begrense korrupte kontraktstildelinger.

1.3 Rettslig problemstilling

Avhandlingens problemstilling lyder som følgende:

Er de rettslige virkemidlene ved brudd på regelverket om offentlige anskaffelser egnet til effektivt å avverge og begrense korrupt tildeling av oppdrag?

Dette er et spørsmål om virkemidlene er egnet til å forhindre, stanse, virke preventivt og forebyggende mot kontraktstildelinger som er motivert av bestikkelser, og om de dermed kan redusere omfanget av slike urettmessige tildelinger. For å besvare dette skal

avhandlingen redegjøre for hvilke rettslige virkemidler regelverket oppstiller ved regelbrudd, hvordan de kan anvendes mot korrupsjon i forbindelse med prosessen, og om de i dette henseende virker effektivt.

1.4 Korrupsjonsbegrepet

Når begrepet korrupsjon anvendes i oppgaven, er det tale om slik adferd som faller inn under korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven § 276a, og i grove tilfeller § 276b. Innenfor dette faller både bestikkelser, vennetjenester og såkalt smøring. Av hensyn til avhandlingens omfang vil straffelovens korrupsjonsbestemmelser ikke undergis noen redegjørelse.⁶ For å gi et samlet bilde av de rettslige konsekvensene som kan oppstå når det begås korrupsjon under anskaffelsesprosessen, trekkes det likevel paralleller til straffansvaret.

1.5 Avgrensninger

Avhandlingen avgrenses mot forsyningssektorene, slik at det er regelverket for de klassiske sektorene som behandles,⁷ ettersom det er noe ulike regelsett for sektorene.

Regelverket inneholder flere korrupsjonsforebyggende mekanismer enn virkemidlene ved regelbrudd. Regelverket virker i sin helhet korrupsjonsforebyggende ved å oppstille strenge krav til prosessens gjennomføring. Det er også enkeltregler som spesielt motvirker misligheter som korrupsjon, slik som regler om habilitet og offentlighet under prosessen. Avhandlingen avgrenses imidlertid mot dette, og konsentreres om virkemidlene ved regelbrudd.

⁶ Det vises til Andenæs (2008) s. 419 flg.

⁷ Klassisk sektor er statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer, jf. offanskl. § 2. Forsyningssektorene er offentlige og private virksomheter som driver visse typer aktiviteter etter en gitt særrett eller enerett, jf. forsyningsforskriften §§ 1-2 og 1-3 og Weltzien (2008) s. 483.

1.6 Den videre fremstilling

Jeg vil først gi en kort redegjørelse for rettskildebildet, og deretter en kort oversikt over anskaffelsesregelverket. I del fire behandles de rettslige virkemidlene som kan anvendes når det oppdages korrupsjon i forbindelse med anskaffelsesprosessen før kontrakt er inngått. I del fem behandles de rettslige virkemidlene som kan anvendes etter kontraktsinngåelse. I del seks fremstilles andre rettslige konsekvenser som kan oppstå for de involverte når det begås korrupsjon under prosessen. Deretter følger i del syv en vurdering av hvorvidt virkemidlene ved regelbrudd, slik de er utformet i dag, er egnet til å avverge og begrense korrumpert tildeling av oppdrag, samt en de lege ferenda vurdering.

2 Rettskildebildet

I utgangspunktet legges den tradisjonelle rettskildelæren til grunn for avhandlingen. Siden det er enkelte særtrekk ved rettskildebildet for regelverket om offentlige anskaffelser, vil jeg likevel redegjøre kort for rettskildebruken.

Regelverket består av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 68, heretter offanskl., samt et omfattende forskriftsverk. Det er gitt en egen forskrift om anskaffelser til de klassiske sektorene, forskrift om offentlige anskaffelser,⁸ og en egen forskrift som regulerer forsyningssektorene, forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene.⁹ Forskrift om offentlige anskaffelser betegnes heretter som FOA eller forskriften.

Det norske lovverket gjennomfører forpliktelser som følger av EU-direktiver¹⁰ om offentlige anskaffelser som er inntatt i EØS-avtalen. Formålet med direktivene er å innlemme offentlige kontrakter i det felles indre markedet. Direktivene skal gjøre det mulig for leverandørene å tilby sine tjenester i andre medlemsstater, på lik linje med innenlandske leverandører.¹¹ Det er også gitt et tilhørende håndhevelsesdirektiv.¹² Formålet med dette er å sikre leverandørene hurtige og effektive klageprosedyrer på oppdragsgivers beslutninger.¹³ Direktivene gjelder kun for anskaffelser som overstiger EU/EØS-terskelverdiene,¹⁴ men lovgiver har uformet ganske likelydende regler for anskaffelser også under terskelverdiene, men disse er mer fleksible. Ettersom reglene om anskaffelser over terskelverdiene gjennomfører forpliktelser som følger av EØS-avtalen, gjelder dermed også reglene og prinsippene i EØS-avtalens hoveddel for disse anskaffelsene. Likeledes vil disse ha en annen rettskildemessig status enn reglene som gjelder under terskelverdiene. Disse vil ha forrang fremfor annen norsk lov ved motstrid, i henhold til EØS-loven § 2. Videre vil presumpsjonsprinsippet, prinsippet om direktivkonform tolkning og hensynet til ensartede¹⁵ regler i EØS-området, legge

⁸ Forskrift 2006-04-07-402.

⁹ Forskrift 2006-04-07-403.

¹⁰ Direktiv 2004/18/EF for klassisk sektor, direktiv 2004/17/EF for forsyningssektorene.

¹¹ Dragsten (2005) s. 51.

¹² Direktiv 89/665/EØF.

¹³ Artikkel 1.

¹⁴ Pr. dags dato 1,6 millioner for vare- og tjenestekontrakter, og 40,5 millioner for bygge- og anleggskontrakter, jf. FOA § 2-2 (1).

¹⁵ EØS-avtalens fortale punkt 16.

føringer på tolkningen.¹⁶ Presumpsjonsprinsippet går ut på at norsk rett formodes å være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser, herunder EØS-avtalen. Dette innebærer at rettsanvenderen ved tolkningstvil velger det tolkningsalternativ som samsvarer med den folkerettslige forpliktelsen.¹⁷ Direktivteksten kan derfor være et viktig bidrag ved fastleggelsen av innholdet i EØS-basert lovgivning. I avhandlingen benyttes derfor direktivteksten ved enkelte tolkninger.

I henhold til homogenitetsmålsetningen i EØS-avtalen art. 6 og ODA art. 3 nr. 1,¹⁸ skal bestemmelser som gjennomfører forpliktelser under EØS-avtalen tolkes i samsvar med rettspraksis fra EU-domstolen om den tilsvarende EU-lovgivningen. Etter ordlyden i bestemmelsen gjelder dette bare rettspraksis som forelå før avtalen ble undertegnet. Om den etterfølgende rettspraksis følger det imidlertid av ODA-avtalen art. 3 nr. 2 at EFTA-domstolen og overvåkningsorganet ESA skal ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som fastlegges i slike avgjørelser. Høyesterett har i flere saker¹⁹ berørt spørsmålet om dette skjæringstidspunktets betydning, men det er ikke tillagt nevneverdig vekt. Praksis fra EU-domstolen anvendes derfor ved enkelte tolkninger.²⁰

Videre vektlegges selvsagt norsk rettspraksis under tolkningen. Flere av drøftelsene reiser imidlertid tolkningsspørsmål som ikke er behandlet av Høyesterett. Avhandlingen vil derfor ta for seg praksis fra lagmannsrettene og tingrettene når disse spørsmålene er behandlet der. Slike avgjørelser har generelt sett langt lavere rettskildemessig vekt enn Høyesterettsavgjørelser. De kan likevel være retningsgivende for tolkningen, og belyse aktuelle problemstillinger under regelverket, og slik benyttes de her.

Forarbeidene til lovverket vil i tråd med alminnelig rettskildelære være sentrale ved fastleggelsen av reglenes innhold.

I tillegg benyttes to veiledere som Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet har utarbeidet til regelverket ved tolkningen. Disse må anses som såkalte etterarbeider til regelverket, og har begrenset rettskildemessig vekt. Den ene er utarbeidet for hele regelverket og tittelen er “Veileder til reglene om offentlige anskaffelser.” Heretter

¹⁶ Dragsten (2005) s. 54-58, Sejersted (2004) s. 84 og 242.

¹⁷ Sejersted (2004) s. 242

¹⁸ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA).

¹⁹ Rt.1997 s. 1954 og Rt.1999 s. 977.

²⁰ EØS-retten reiser flere tolkningsspørsmål som det ikke er rom for å behandle her.

betegnes den som “veiledningen”. Denne er aktivt²¹ brukt i rettspraksis, men det er presisert at den har begrenset rettskildemessig vekt.²² Den andre er utarbeidet kun for avvisningsreglene i forskriften §§11-10 og 20-12, og har tittelen “Avvisning av straffedømte leverandører mv. i forbindelse med offentlige anskaffelser.” Denne betegnes heretter som “avvisningsveiledningen.”

Veiledningene benyttes i utgangspunktet som supplement ved tolkningen sammen med andre rettskildefaktorer av tyngre vekt, men enkelte spørsmål er kun berørt i veiledningene og de får da noe større betydning enn ellers.

Twisteløsningsorganet Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er opprettet med hjemmel i loven § 7a, og virksomheten reguleres av forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser. Klagenemnda er et rent rådgivende organ, uttalelsene er ikke bindende for partene. Reglene om klagenemnda behandles grundig i punkt 4.3.3, og jeg nøyer meg her med å si noe om den rettskildemessige vekten av uttalelsene.

Ettersom uttalelsene kun er rådgivende, har de i utgangspunktet begrenset rettskildemessig vekt.²³ Nemndas saksbehandling er skriftlig, og baseres på partenes fremlagte dokumenter og opplysninger. Dette reduserer muligheten for korrekte avgjørelser når det gjelder de faktiske forhold. På den annen side er pågangen av saker stor, hvilket medfører at nemnda behandler et relativt høyt antall saker med ulike tolkningsspørsmål. Nemnda besittes også av jurister med særlig kompetanse på fagområdet,²⁴ og fremstår dermed som et ekspertorgan. Uttalelsene respekteres i stor grad av både leverandører og oppdragsgivere, og vektlegges ofte også i rettspraksis.²⁵ I rettspraksis anvendes ikke uttalelsene som tungtveiende rettskilder, men det vises til KOFAs tolkninger av regelverket, og uttalelsene anvendes som støtteargumenter for domstolens konklusjon når retten inntar samme standpunkt. Samlet må derfor uttalelsene anses som en sentral rettskildefaktor ved tolkningen av regelverket.

²¹ Rt. 2007 s. 983, Borgarting lagmannsrett kjennelse 26.11.2010 (LB-2010-115884) og Oslo byfogdembete kjennelse 22.06.10 (TOBYF-2010-90098).

²² Hålogaland lagmannsrett 20.06.09 dom (LH-2009-45911).

²³ Dragsten (2005) s. 48.

²⁴ <http://www.kofa.no/no/Om-KOFA/>

²⁵ Rt. 2007 s. 1783, Rt. 2008 s. 982 og Rt. 2008 s. 1705.

Juridisk teori anvendes også som supplement til rettskildene, spesielt hvor andre rettskilder gir liten eller ingen rettledning for tolkningen. Avhandlingens tema er imidlertid lite behandlet i juridisk teori, så det er hovedsakelig generelle behandlinger om regelverket man kan støtte seg på.

Dersom det i den videre gjennomgang oppstår andre spesifikke spørsmål av rettskildemessig karakter, behandles disse underveis.

3 Generelt om anskaffelsesregelverket

I denne delen følger en kort oversikt over lovverkets formål, grunnleggende krav og hovedtrekk, som gir bakgrunnskunnskap til den videre gjennomgang.

3.1 Lovverket

De klassiske sektorer reguleres av lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser.

Loven er forholdsvis kort og generell, mens store deler av regelverket finnes i det omfattende forskriftsverket som supplerer loven.

3.2 Anvendelsesområdet

Lovverket kommer til anvendelse ved anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som foretas av statlige, fylkeskommunale-, kommunale myndigheter og offentligrettslige organer, jf. loven §§ 2 og 3. For de klassiske sektorene er det presisert nærmere i FOA § 1-2 hvilke oppdragsgivere som er omfattet. Anvendelsesområdet behandles ikke nærmere av hensyn til avhandlingens omfang.

3.3 Formål

Hovedformålet med loven er at den skal ”bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling.”, jf. § 1. Bak denne målsetningen ligger det flere betraktninger. Foruten å være myndighetsutøver, leverer det offentlige tjenester til det private, i tillegg til å kjøpe både varer og tjenester på det private markedet.²⁶ Måten det offentlige ivaretar disse oppgavene har stor betydning for graden av effektiv offentlig ressursbruk, og dermed størst mulig verdiskapning, sysselsetting og velferd.²⁷

Prinsippet om likebehandling innebærer at potensielle leverandører skal behandles likt under hele prosessen. Alle skal ha lik tilgang til informasjon og bedømmes etter de samme objektive og ikke-diskriminerende kriterier oppstilt i lovverket. Leverandørene skal ha den samme muligheten til å vinne frem i konkurransen om å levere det

²⁶ NOU 1997:21 s.21.

²⁷ L.c.

offentlige leveranser av ønsket kvalitet, til lavest mulig pris.²⁸ Det fremgår av NOU 1997:21 s. 21 at likhetsprinsippet også skal ivareta hensynet til leverandørenes rettsikkerhet. Det uttales at "[s]taten vil bl.a. i kraft av sin størrelse inneha en rent faktisk maktstilling som kan endre bildet av likeverdige parter i et kontraktsforhold." Det er denne maktstillingen som gjør anskaffelsesprosessen sårbar for korrupsjon og andre misligheter. Prinsippet er videre presisert ved at det "[s]ikrer leverandørenes berettigede forventning om en korrekt og rettferdig behandling dersom de ønsker å selge til det offentlige anskaffelsesmarkedet og innebærer således en viktig rettssikkerhetsgaranti," jf. ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 21. Ved å gjøre beslutningsprosessen regelstyrt, styrkes leverandørens stilling, og forhindres at beslutninger treffes på et vilkårlig eller korrupt grunnlag.

Et ytterligere korrupsjonsforebyggende element i formålsbestemmelsen er inntatt i siste punktum. "Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med høy integritet, slik at allmennheten kan ha tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte." Det fremgår av forarbeidene at det var ønskelig å klargjøre at det stilles krav til etisk adferd hos de tjenestemenn som arbeider med anskaffelsene.²⁹

3.4 Grunnleggende krav

Loven § 5 angir grunnleggende krav som oppdragsgiver må oppfylle under anskaffelsesprosessen, og som reglene i de supplerende forskriftene er tuftet på og gir uttrykk for.³⁰

Det stilles krav om at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med "god forretningsskikk", "sikre høy forretningsetisk standard i den interne behandling" og "sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandørene". Det presiseres også at anskaffelsen så langt det er mulig skal "være basert på konkurranse". Disse kravenes innhold tilsvarer mye av det som er redegjort ovenfor om formålsbetraktningene bak loven i punkt 3.3. Kravene om "god forretningsskikk" og "høy forretningsetisk standard," innebærer i tillegg at saksbehandlingen skal være saklig, forsvarlig og ikke

²⁸ Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s.21.

²⁹ Ot.prp.nr.62 (2005-2006) s.19.

³⁰ Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s.23.

vilkårlig.³¹ Ut fra disse to kravene springer det altså et krav om forsvarlig saksbehandling.³² Som regel vil oppdragsgiver også være et forvaltningsorgan som omfattes av forvaltningsloven. For disse oppdragsgiverne er det i Rt. 1998 s. 1951 lagt til grunn at de forvaltningsrettslige saksbehandlingsprinsippene kommer til anvendelse ved den saksbehandling som utføres ved anskaffelsene, såfremt de ikke kommer i strid med grunnleggende anbudsrettslige prinsipper.³³ For disse vil derfor de ulovfestede prinsippene om god saksbehandling, herunder forsvarlig saksbehandling, i tillegg gjelde. Forsvarlighetskravet kan da forankres i begge kilder.

Videre skal oppdragsgiver sikre at hensynet til “forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet” ivaretas gjennom prosessen. Med hensynet til forutberegnelighet forstås at prosessen skal være forutsigbar for leverandørene, og dermed på forhånd gi dem kjennskap til hvordan konkurransen vil gjennomføres.³⁴ I veiledningen er det påpekt at kravet om gjennomsiktighet kan være et krav om åpenhet og innsyn i konkurransen.³⁵ Åpenhet og innsyn ivaretas ved at konkurransen skal kunngjøres, og at deltakerne etter offentliggjøring har rett til innsyn i dokumenter som viser hvordan prosessen har foregått.³⁶

Hensynet til etterprøvbarhet innebærer at deltakerne i en konkurranse i ettertid skal kunne forvisse seg om eller kontrollere at anskaffelsesprosessen har skjedd i henhold til lovverket.³⁷ Dette medfører krav om at oppdragsgiver må dokumentere gjennomføringen av prosessen.³⁸

3.5 Forskriften

De fleste andre prosessuelle og materielle bestemmelser finnes i forskriften. Del I inneholder grunnleggende bestemmelser som kommer til anvendelse på alle anskaffelser som foretas uansett verdi. Del II kommer til anvendelse på anskaffelser

³¹ Dragsten (2005) s. 152.

³² L.c.

³³ Saken gjaldt ikke anbud under anskaffelsesregelverket, men samme betraktning vil følges i slike tilfeller, jf. Dragsten (2005) s. 62.

³⁴ Dragsten (2005) s. 159.

³⁵ Veiledningen s. 64.

³⁶ Op.cit. s. 64-65.

³⁷ NOU 1997:21 s.116.

³⁸ L.c.

hvor den samlede verdien overstiger kr. 500 000. Disse anskaffelsene må kunngjøres i den nasjonale databasen Doffin.³⁹ Del III regulerer anskaffelser som overstiger EU/EØS-terskelverdiene. Reglene i denne delen bygger på EU-direktiver.⁴⁰ Disse anskaffelsene må kunngjøres i EØS-området.

3.6 Virkemidlene ved regelbrudd

Virkemidlene ved regelbrudd finnes både i loven og forskriftene. Loven legger opp til at regelbrudd håndheves av både oppdragsgiver og leverandører som rammes av regelbrudd, sammen med kontroll med at regelverket overholdes av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, Riks- og kommunerevisjonene og ESA. For det sistnevnte organet kun ved brudd på regler som gjennomfører forpliktelser som følger av EØS-avtalen. Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) avgir rådgivende uttalelser og ilegger overtredelsesgebyr ved ulovlige direkteanskaffelser. Leverandørene kan også angripe regelbrudd ved domstolene. Frem til kontrakt er inngått kan domstolen tilsidesette beslutninger truffet i strid med regelverket. Domstolen kan også tilkjenne leverandørene erstatning for tap lidt som følge av regelbrudd. I tillegg kan oppdragsgiver avvise leverandører som gjør seg skyldig i alvorlige regelbrudd, blant annet korrupsjon.

Hovedformålet med håndhevelsesreglene er at den materielle anskaffelsesretten etterlevs effektivt, jf. NOU 2010:2 s. 50.⁴¹ De skal virke allmennpreventive ved å bidra til å skjerpe den offentlige økonomistyringen generelt. De skal også virke individualpreventivt ved at offentlige etater og tjenestemenn som har begått feil ikke skal gjøre det igjen.⁴² Fordelene med håndhevelsesreglene må imidlertid avveies mot de byrder klage- og sanksjonssystemet medfører, ettersom anvendelsen av sanksjonene i det enkelte konfliktilfelle ofte medfører at offentlige ressurser medgår til denne

³⁹ <http://www.doffin.no/> Database med informasjon og kunngjøringer om anskaffelser innen offentlig- og forsyningssektor over hele Norge.

⁴⁰ Direktiv 2004/18/EF og Direktiv 89/665/EØF.

⁴¹ Dette er forarbeider til en pågående lovendring. Det redegjøres også for gjeldende rett, og det er disse redegjørelsene som benyttes som kilde.

⁴² NOU 2010:2 s.50.

prosessen.⁴³ Hvis regelbruddet oppdages og angripes tidlig, kan feilen ofte gjenopprettes uten særlig tap, slik at man ender opp med den økonomisk mest gunstige kontrakten. Men oppdages regelbruddet sent, vil det ofte medføre større økonomiske belastninger å reversere prosessen for og så igangsette kontrakten på nytt med en annen leverandør. Ved anvendelsen av håndhevelsesreglene må videre hensynet til forsvarlig prosess og rettssikkerhet ivaretas.⁴⁴ Desto mer inngripende sanksjonene er, desto viktigere er det å sikre prosedyrer som gir et korrekt resultat og ivaretar de berørte aktørenes rettigheter. Det anskaffelsesrettslige prinsippet om forholdsmessighet tilsier også at sanksjonene står i forhold til overtredelsene.⁴⁵

⁴³ L.c.

⁴⁴ L.c.

⁴⁵ L.c.

4 Rettslige virkemidler i anskaffelsesregelverket som kan anvendes når en tildelingsbeslutning som er motivert av bestikkelser angripes før kontraktsinngåelsen

4.1 Innledning

I dette kapitlet behandles de rettslige virkemidlene som kan anvendes når det før kontrakt er inngått oppdages at det er begått korrupsjon i forholdet mellom den utvalgte leverandør og oppdragsgiver, som kan ha vært utslagsgivende for tildelingsbeslutningen. Av fremstillingstekniske hensyn er drøftelsene om virkemidlene skilt mellom virkemidler som kan anvendes henholdsvis før og etter kontraktsinngåelse, ettersom enkelte av virkemidlene kun kan anvendes inntil kontraktsinngåelse. Det fremgår av drøftelsene hvilke dette gjelder.

Anskaffelser som overstiger EU/EØS-terskelverdiene skal som hovedregel gjennomføres ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse, jf. FOA § 14-1. For anskaffelser under terskelverdiene, som overstiger kr. 500 000, kan i tillegg konkurranse med forhandlinger benyttes, jf. FOA § 5-1. Ved anskaffelser under kr. 500 000 står oppdragsgiver friere ved valg av anskaffelsesprosedyre, men de grunnleggende krav i loven og forskriften må oppfylles. Åpen anbudskonkurranse innebærer at alle interesserte leverandører kan levere tilbud, og at oppdragsgiver ikke kan forhandle med leverandørene.⁴⁶ Ved begrenset anbudskonkurranse foretar oppdragsgiver en prekvalifisering, hvor han plukker ut et utvalg av de kvalifiserte leverandørene som får inngi tilbud.⁴⁷ I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver adgang til å forhandle med leverandørene om alle sider ved tilbudene.⁴⁸ Det er særlig de to sistnevnte konkurranseformene som kan være sårbare for korrupsjon, som følge av den nære kontakten mellom oppdragsgiver og leverandørene.

Kontrakten er ikke inngått før den er signert av begge parter, jfr. FOA §§ 13-3 (1) og 22-3 (1). Bestemmelsen oppstiller videre krav om at oppdragsgiver skal gi alle leverandørene meddelelse om hvilken leverandør som er valgt i rimelig tid før kontraktsinngåelsen. Dette for at disse skal ha anledning til å klage på beslutningen om

⁴⁶ FOA § 4-2a.

⁴⁷ FOA § 4-2b.

⁴⁸ FOA § 4-2d og veiledningen s. 76.

tildeling. Hvorvidt slik tildelingsbeslutning foreligger eller ikke, har ikke betydning ved anvendelsen av virkemidlene som kan anvendes før kontraktsinngåelse, og det foretas derfor ingen sonndring i dette henseende.

4.2 Spørsmålet om anskaffelsesregelverket oppstiller en plikt for oppdragsgiver til å stanse en forestående kontraktsinngåelse når det avdekkes at kontraktsinngåelsen er motivert av bestikkelser

Dersom situasjonen er den at en ansatt hos oppdragsgiver har latt seg bestikke for å tildele kontrakten til den utvalgte leverandør, blir spørsmålet anskaffelsesregelverket gir oppdragsgiver plikt til å stanse den forestående kontraktsinngåelsen. Det er av stor betydning å drøfte om det foreligger en plikt og ikke bare en rett til å stanse kontraktsinngåelsen, ettersom en plikt som ikke overholdes vil utgjøre brudd på regelverket, som dermed kan gi forbigåtte leverandører erstatningskrav i henhold til loven § 10.

I FOA § 11-10 (1) e og 20-12 (1) e oppstilles en plikt for oppdragsgiver til å avvise leverandøren dersom denne er “rettskraftig dømt” for korrupsjon. Som følge av kravet om rettskraftig dom vil plikten normalt ikke kunne hjemles i §§ 11-10 og 20-12 (1) e når det er tale om avvisning for forhold som har funnet sted under den aktuelle kontraktsinngåelsen. En dom er rettskraftig når den ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler, jf. straffeprosessloven § 50 (1). Det vil først være tilfelle når ankeadgangen er uttømt, eller ankefristen etter en underrettsdom er utløpt. Forholdet vil derfor som regel ikke være avgjort ved rettskraftig dom før kontrakten inngås.

Utover denne bestemmelsen foreligger det ingen konkret hjemmel i lovverket som gir oppdragsgiver plikt til å stanse kontraktsinngåelsen når det avdekkes at den utvalgte leverandør er tildelt kontrakten etter bestikkelser. Spørsmålet blir da om det likevel kan utledes en plikt til å stanse kontraktsinngåelsen av regelverket.

Det er klart at korrupsjon står sterkt i strid med lovens formål og vil utgjøre brudd på de grunnleggende krav nedfelt i loven § 5. Korrupsjon i forbindelse med kontraktstildelingen vil utgjøre brudd på kravene om “god forretningsskikk” og “høy

forretningsetisk standard”, og dermed brudd på kravene som springer ut av disse, om at saksbehandlingen skal være saklig, forsvarlig og ikke vilkårlig, jf. Dragsten (2005) s. 152. Det vil også være brudd på kravet om at det “ikke skal finne sted forskjellsbehandling” og kravet om “konkurranse”. Tildelingen har da heller ikke skjedd på objektivt grunnlag, jf. 3. ledd. I slike tilfeller, hvor kontraktstildelingen er motivert av bestikkelser, vil oppdragsgiver bli skyldig i alvorlig brudd på regelverket dersom han ikke forhindrer denne kontraktsinngåelsen. Det må derfor være klart at oppdragsgiver har plikt til å stanse kontraktsinngåelsen.

I tillegg vil en adgang til å stanse inngåelsen i en slik situasjon vil følge av FOA §§ 11-10 (2) d og 20-12 (2) d. Bestemmelsen gir oppdragsgiver *rett* til å avvise leverandører som “i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje.” Hvilke forhold som gir rett til avvisning etter bestemmelsen er angitt i veiledningen s. 161. Det fremgår her at både brudd på straffebestemmelser og brudd på profesjonens etiske retningslinjer gir avvisningsrett. Når leverandøren gjør seg skyldig i korrupsjon, omfattes dette åpenbart av denne bestemmelsen.

Avvisningshjemlene drøftes nærmere i punkt 6.1.1.

4.2.1 Beviskrav for at leverandøren er skyldig i korrupsjon

Effektiviteten av avvisningsplikt- og retten avhenger av hvilket beviskrav som oppstilles for forholdet som utløser avvisningsrett- og plikt.

Spørsmålet er her hvilke beviskrav som oppstilles for at det oppstår avvisningsrett etter forskriften §§ 11-10 (2) d og 20-12 (2) d, og avvisningsplikt som drøftet i punkt 4.2 når leverandøren gjør seg skyldig i korrupsjon under prosessen.

Når det gjelder beviskravene for avvisningsretten følger det om den tilsvarende bestemmelsen i EU-direktivet⁴⁹ at den “som i forbindelse med udøvelsen av sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret” kan avvises. Oppdragsgiver må altså kunne dokumentere forholdet som gir grunnlag for avvisning. Utover dette gir hverken direktivet eller forskriften nærmere regler om beviskravet.

⁴⁹ Direktiv 2004/18/EF artikkel 45 nr. 2d.

Hovedregelen om beviskravet i sivile saker er at det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt, som gjerne omtales som overvektsprinsippet. Prinsippet er utviklet i rettspraksis,⁵⁰ og innebærer at et forhold må anses som mer enn 50 % sannsynlig for å anses som bevist. I enkelte sakstyper er det imidlertid oppstilt et skjerpet beviskrav. I både rettspraksis og juridisk teori er det oppstilt krav om høyere grad av sannsynlighet for at man i en sivil sak skal kunne legge til grunn at en part har gjort seg skyldig i et straffbart eller sterkt kritikkverdig forhold.⁵¹ I slike tilfeller kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt. I rettspraksis fremkommer dette ved krav om klar,⁵² betydelig⁵³ eller sterk⁵⁴ sannsynlighetsovervekt. I Rt.1990 s. 688 var saksforholdet at en mann var frifunnet i straffesak om promillekjøring. Forsikringsselskapet nektet likevel å utbetale forsikringssummen ettersom det mente at mannen hadde kjørt med promille, og mannen anla derfor sak for å få erstatningen utbetalt. Ved drøftelsen om hvilke beviskrav som krevdes for at mannen hadde kjørt med promille, påpekte retten at det det ikke kan stilles samme beviskrav i en sivil sak som i en straffesak, og at en strafferettslig dom heller ikke vil være bindende i en sivil tvist.⁵⁵ Det ble imidlertid uttalt at det må kreves “klar sannsynlighetsovervekt” og videre at “det i alminnelighet kreves solid bevis for å legge til grunn at en part har gjort seg skyldig i straffbart eller sterkt klanderverdig forhold.”⁵⁶ Rettspraksisen om sannsynlighetskravene, både alminnelig og kvalifisert, er utviklet under den tidligere gjeldende tvistemålsloven. Den någjeldende tvisteloven har ikke regulert sannsynlighetskravet ved bevisvurderingen. Reglene som er utviklet i rettspraksis er dermed ikke fraveket, og praksisen gjelder derfor videre under tvisteloven.

Det følger imidlertid av veiledningen s. 161 at det ikke må foreligge rettskraftig dom, men at det oppstilles krav om “objektive bevis”. Det er ikke tilstrekkelig med mistanke. Det følger av avvisningsveiledningen s. 10 at det det trolig er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt. I Oslo byfogdembete kjennelse 22.06.10 (TOBYF-2010-90098), uttaler retten om beviskravet at “det er tilstrekkelig med alminnelig

⁵⁰ Rt. 1992 s. 64.

⁵¹ Rt. 1999 s. 14, Robberstad, (2009) s. 248-250, Hov (2010) s. 1155-1156 og Skoghøy (2001) s. 684.

⁵² Rt. 1990 s. 688, Rt. 1990 s. 1082, Rt. 1996 s. 864 og Rt. 1999 s. 14.

⁵³ Rt. 1995 s. 1641 og Rt. 1999 s. 14.

⁵⁴ Rt. 1999 s. 14.

⁵⁵ Rt. 1990 s. 688.

⁵⁶ L.c.

sannsynlighetsovervekt for at forholdet er korrekt, såfremt det foreligger konkrete forhold som lar seg objektivt bevise for forholdet.” Det samme synspunktet er fulgt opp i Oslo byfogdembete kjennelse 08.12.10 (TOBYF-2010-172901).

Både veiledningen og disse dommene oppstiller krav om “objektive bevis”. Det er derfor grunn til å stille spørsmål ved hva som menes med objektive bevis. I rettspraksis er begrepet anvendt uten noen nærmere redegjørelse for innholdet.⁵⁷ Heller ikke i juridisk teori er det gitt noen redegjørelse av begrepet så vidt jeg kjenner til. Slik jeg forstår begrepet, må objektive bevis forstås som konstaterbare fakta som kan underbygge en påstand. Det er bevis man ikke kan tvile på at er korrekte, og som ikke kan problematiseres. De reiser heller ikke pålitelighets- eller troverdighetsvurderinger. Det kan være et brev, en utskrift av telefonforbindelser, en gjenstand som kan være mottatt som bestikkelse etc. En parts- eller vitneforklaring, synsing eller antakelser faller ikke innenfor denne kategorien. Et slikt bevis vil kunne anses som subjektivt i den forstand at det avhenger av vedkommende persons oppfatning eller vurdering av det som beskrives. I følge veiledningen og dommene er beviskravet altså alminnelig sannsynlighetsovervekt, som vil være oppfylt dersom det foreligger slike objektive bevis.

Når det foreligger klar høyesterettspraksis for at det kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at man i en sivil sak skal kunne legge til grunn at en part har gjort seg skyldig i et straffbart eller sterkt kritikkverdig forhold, må imidlertid dette være det korrekte beviskravet når en leverandør skal avvises som følge av korrupsjon. Så lenge et annet beviskrav ikke er oppstilt i loven eller forskriften, kan det ikke legges til grunn at den domstolskapte regelen om kvalifisert sannsynlighetsovervekt er fraveket. Korrupsjon er et alvorlig straffbart forhold. Dersom forholdet ikke rammes av straffelovens korrupsjonsbestemmelser, kan det likevel anses som “forsømmelse mot faglige og etiske krav” i henhold til FOA §§ 11-10 og 20-12 (2) d, noe som må anses som et sterkt kritikkverdig forhold. Dette taler for at de skjerpede beviskravene kommer til anvendelse også i slike tilfeller. Bevistemaet er svært belastende for leverandøren. Å bli ansett som skyldig i korrupsjon, og utelukket som følge av dette, vil kunne påføre leverandøren store økonomiske tap. Dette ikke bare som følge av utelukkelse fra

⁵⁷ Rt.1996 s. 864 og Rt.1990 s. 1082.

offentlige anskaffelser, men også fordi det vil være svært stigmatiserende for leverandøren, som vil kunne få sitt renommé ødelagt om det blir kjent i markedet, og dermed også sannsynligvis tape fremtidige kontrakter med både andre offentlige og private oppdragsgivere. Dette er også vektlagt som konsekvenser av en avvisning som følge av korrupsjon i Oslo byfogdembete kjennelse 08.12.10 (TOBYF-2010-172901). Hensynet til leverandørens rettssikkerhet og forsvarlig prosess, som må ivaretas ved anvendelsen av håndhevelsesreglene, jf. NOU 2010:2 s. 50, taler også for at det kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt når slike alvorlige konsekvenser kan oppstå som følge av bevistemaet.

Det er også i juridisk teori argumentert for å oppstille krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt i slike tilfeller. Dette fordi det innebærer en sosial belastning å bli ansett som skyldig i et straffbart forhold, selv om den strafferettslige reaksjonen uteblir.⁵⁸

Når det i Høyesterettspraksis er lagt til grunn at det kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt for slikt belastende bevistema, og dette også sikrer hensynet til rettssikkerhet og forsvarlig prosess for leverandørene, kommer jeg til at dette må være det korrekte beviskravet, og ikke alminnelig sannsynlighetsovervekt slik det fremgår av veiledningen og underrettsavgjørelsene. Konklusjonen er at det kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at leverandøren er skyldig i korrupsjon som utløser avvisningsrett- og plikt.

⁵⁸ Hov (2010) s. 1157.

4.3 Rettslige virkemidler i anskaffelsesregelverket som en leverandør kan anvende for å stanse kontraktsinngåelsen når denne har mistanke eller bevis for at tildelingsbeslutningen er motivert av bestikkelser

4.3.1 Innledning

Dersom en leverandør under anskaffelsesprosessen får mistanke eller bevis for at det er begått korrupsjon i forholdet mellom oppdragsgiver og den utvalgte leverandør, vil dette gi grunn til å tro at tildelingsbeslutningen er urettmessig i henhold til loven § 5. Spørsmålet blir da hva denne kan foreta seg for å avdekke dette, og om denne selv kan foreta seg noe for å stanse kontraktsinngåelsen slik at konkurransen kan gjenopptas og gjennomføres rettmessig.

4.3.2 Klage til oppdragsgiver

Klageadgangen er ikke eksplisitt angitt i forskriften, men er forutsatt i §§ 13-3 (1) og 22-3 (1). Bestemmelsen angir at meddelelsen til leverandørene om tildelingsbeslutningen skal inneholde en frist til å klage på denne. Det fremgår ikke av bestemmelsen at det er tale om klage til overordnet organ. Bestemmelsen fremstår derfor kun som en rett til å kreve at oppdragsgiver selv foretar en ny vurdering av saken. Leverandøren kan da klage til oppdragsgiveren, eller gjøre han oppmerksom på at det kan være eller er begått korrupsjon. Når det fremsettes klage om korrupsjon til oppdragsgiver, er imidlertid effektiviteten av klagen avhengig av at toppledelsen eller andre med muligheter til å avdekke forholdet, ikke er delaktige i korrupsjonen og får kjennskap til klagen.

Denne klageadgangen er ikke nærmere regulert i loven eller forskriften. Den reiser flere spørsmål. Det første er om oppdragsgiver er forpliktet til å behandle alle klager han mottar om at det er begått korrupsjon under prosessen, og om disse må behandles før kontraktsinngåelse.

Plikten til å behandle alle klager om korrupsjon før kontraktsinngåelse, kan utledes av kravet om "høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling" i loven § 5 (1), kravet om forsvarlig saksbehandling som springer ut av denne bestemmelsen og ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper om forsvarlig og god saksbehandling. Det vil være uforsvarlig om oppdragsgiver ikke behandler en klage om et så alvorlig

regelbrudd før kontraktsinngåelse. Spørsmålet om oppdragsgiver har plikt til å behandle klager før kontraktsinngåelsen er behandlet i KOFA 2008/32 hvor det uttales:

“[n]år det så gjelder selve kontraktsinngåelsen, skal kontrakt med valgte leverandør ikke inngås før eventuelle klager fra de øvrige leverandørene er ferdigbehandlet hos oppdragsgiver. Dette er nødvendig for at klageretten skal være reell, og ikke bli illusorisk, jf. EF domstolens sak C-81/98 (Alcatel). Videre er dette nødvendig for å ivareta effektiviteten i leverandørenes adgang til å kreve midlertidig forføyning for å sette til side oppdragsgivers beslutninger, jf. lovens § 7 (2).”⁵⁹

Denne saken gjaldt klage på ulovlig direkteanskaffelse, som er langt mindre alvorlig enn en klage om korrupsjon. Også ved klager om mer ordinære regelbrudd medfører det altså at kontraktsinngåelsen må avventes, frem til klager fra øvrige leverandører er behandlet. I EU-domstolens sak C-81/98 Alcatel, ble det lagt til grunn at håndhevelsesdirektivet pålegger medlemstatene å treffe foranstaltninger for å sikre effektive og hurtige klageprosedyrer slik at leverandørene kan få oppdragsgivers regelstridige beslutning kjent ugyldig *før* kontraktsinngåelse. Plikten til å behandle klagen om korrupsjon før kontraktsinngåelsen kan derfor også utledes av EU-direktivet. Når det fremsettes en klage om korrupsjon, må plikten til å behandle klagen før kontraktsinngåelsen gjelde både når den fremsettes av deltakende-, potensielle leverandører og når den fremsettes av utenforstående. Dette fordi det vil være et like alvorlig brudd på regelverket uansett hvem som fremsetter påstanden, og det vil derfor være brudd på saksbehandlingskravene i loven § 5, særlig forsvarlighetskravet som springer ut av denne, dersom forholdet ikke undersøkes før inngåelsen.

Klageadgangen reiser videre spørsmål om oppdragsgiver kan kreve at den som fremsetter klagen kan dokumentere korrupsjonen, herunder fremlegge bevis, for at behandlingsplikten skal utløses, eller om oppdragsgiver selv må iverksette undersøkelser.

⁵⁹ Premiss 44.

Det foreligger ingen lovhjemmel som pålegger den som klager å fremlegge dokumentasjon eller bevis. Dersom klageren besitter konkrete bevis eller har begrunnede mistanker om korrupsjon, er det imidlertid åpenbart at disse bør fremlegges for oppdragsgiver. Når det gjelder oppdragsgiver, må det også her følge av kravet om “høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling” jf. loven § 5 (1) og kravet om forsvarlig saksbehandling som springer ut denne bestemmelsen, sammen med ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper om forsvarlig og god saksbehandling, at oppdragsgiver har en plikt til selv å iverksette undersøkelser. Reelle hensyn taler for det samme. Det er oppdragsgiver som besitter dokumentasjon om prosessen og andre leverandører. Oppdragsgiver har derfor oftest best kjennskap til hvordan prosessen har foregått. Enkelte av prosessdokumentene er også taushetsbelagt hos oppdragsgiver. Konklusjonen er at det foreligger en plikt for oppdragsgiver til å iverksette undersøkelser.

4.3.3 Klage til KOFA

Twisteløsningsorganet Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er opprettet med hjemmel i loven § 7a, og virksomheten reguleres av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.⁶⁰

Klagenemnda skal etter § 12 gi en skriftlig og begrunnet uttalelse om det foreligger brudd på lovverket. Ettersom det er et rådgivende organ, er uttalelsene ikke bindende, og en klage har heller ikke oppsettende virkning, jf. § 8.

Klagenemnda har etter forskriften § 6 kompetanse til å behandle klager på “unnlater, handlinger, eller beslutninger” under gjennomføringen av anskaffelser som reguleres av anskaffelsesloven eller tilhørende forskrifter. Klagen må imidlertid fremsettes senest seks måneder etter kontraktsinngåelse, og det kan ikke fremsettes klage dersom klagen er avgjort ved dom i første instans, jf. § 2. og 3 ledd.

⁶⁰ Forskrift 2002.11.15 nr. 1288.

Leverandøren må videre påvise “saklig interesse” i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlatelse, handling eller beslutning, jf. § 6 (2). Det følger av NOU 2010:2 s. 33 at begrepet “må forstås videre enn begrepet rettslig interesse.” I sin praksis anvender KOFA kravet slik at både leverandører som har deltatt i en konkurranse om offentlige anskaffelser, og leverandører som ønsker å delta, men som mener at de på ulovlig vis har mistet muligheten til å delta, gis klageadgang.⁶¹

Oppdragsgiver plikter i henhold til forskriften § 2 å delta i klagebehandlingen.

Nemnda “skal bidra til at partenes anførsler og påstander blir så klare så mulig, og kan oppfordre partene til å ta stilling til relevante faktiske og rettslige spørsmål og til å tilby bevis,” jf. § 10. Nemnda gjør ingen selvstendige undersøkelser av saken, og baserer seg kun på de opplysninger og dokumenter som partene gir.⁶² Forskriften inneholder en egen bestemmelse om partenes plikt til å fremlegge skriftlige bevis i § 11. Nemnda har tilnærmet samme innsyn i sakens dokumenter som de ordinære domstoler.

Når det inngis klage om at det er begått korrupsjon under prosessen, er det imidlertid sannsynlig at nemnda vil avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i nemnda etter § 9. Etter denne bestemmelsen avvises en rekke saker som krever en komplisert bevisvurdering som ikke er egnet for skriftlig behandling. Hvor det ved regelbrudd foreligger straffbare forhold, er behandlingsformen ikke egnet til å behandle spørsmål om subjektiv skyld som i slike forhold må avgjøres. På bakgrunn av de dokumentene nemnda får fremlagt, vil nemnda likevel kunne vurdere om det er begått brudd på FOA §§ 11-10 og 20-12 (2) d, forsømmelse mot faglige og etiske krav, som dermed kan gi indikasjoner på om det er begått korrupsjon. I KOFA 2008/2 kom nemnda til at en leverandør hadde gjort seg skyldig i forhold som berettiget avvisning etter FOA § 20-12 (2) d, fordi en ansatt hos leverandøren hadde fremsatt tilbud til oppdragsgivers innkjøpsansvarlig om middag og revybilletter i en e-post under en anbudskonkurranse. Nemnda påpekte at eposten objektivt sett fremstod som et forsøk på å påvirke den innkjøpsansvarlige på en utilbørlig måte for å få tildelt kontrakten. Mindretallet kom til at avvisningen var urettmessig, fordi det fremsto som enkeltstående glipp fra en underordnet ansatt, og det hadde gått for lang tid siden hendelsen. Mindretallet påpekte

⁶¹ <http://www.kofa.no/no/Leverer-klage/Saksgangen/#1>

⁶² Forskriften § 10 (4) og <http://www.kofa.no/no/Leverer-klage/Saksgangen/#4>

likevel at forholdet mulig kunne påtales som brudd på straffeloven § 276a bokstav b. Avgjørelsen viser at KOFA kan bidra til å avdekke korrupsjon.

4.3.4 Henvendelse til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet om stansningspålegg

Departementet har det overordnede ansvaret for å forvalte regelverket og sikre at det etterleves.⁶³ Det følger av FOA § 3-14 at departementet kan gi oppdragsgivere de pålegg som er nødvendige for å sikre oppfyllelsen av lovverket. I NOU 2010:2 s. 35 er det presisert at denne hjemmelen gir adgang til både å vedta forskrifter og treffe enkeltvedtak. Dersom departementet finner at det foreligger grunnlag for å pålegge stansning av en kontraktsinngåelse, gir bestemmelsen hjemmel til det. Bestemmelsen gir departementet adgang til å gi pålegg av eget tiltak. Henvendelser fra berørte parter vil imidlertid kunne gi departementet kunnskap om lovbrudd de kanskje ellers ikke ville fått vite om. På forespørsel opplyste departementet at bestemmelsen hittil ikke er brukt.⁶⁴ Ved de korrupsjonssakene som har blitt avdekket frem til nå, har oppdragsgiverne selv sørget for å rydde opp i forholdene, slik at det ikke har vært noe behov for pålegg fra departementet.

4.3.5 Klage til ESA

EFTAs overvåkningsorgan ESA er opprettet med hjemmel i ODA-avtalen. Avtalen artikkel 5 og 22 angir at ESA skal sikre at medlemmene anvender EØS-avtalens bestemmelser etter sin hensikt. Etter ODA artikkel 23 og protokoll 2 til avtalen har ESA skjerpet kompetanse på området for offentlige anskaffelser inntil kontrakt er inngått. Kontrollen utøves imidlertid i skriftlig korrespondanse mellom ESA og Fornyings- administrasjons og kirkedepartementet, som svarer for Norge i slike saker.⁶⁵ Henvendelse til ESA om korrupsjon vil neppe være særlig effektivt for å stanse kontraktsinngåelsen, da korrespondansen vil ta tid, og det også vil være problematisk

⁶³ NOU 2010:2 s.35.

⁶⁴ Telefonsamtale 13.04.11 Monica Auberg, fungerende avdelingsdirektør i departementet.

⁶⁵ L.c.

for ESA å undersøke om det er begått korrupsjon. ESA har hittil ikke mottatt klager om korrupsjon.⁶⁶

4.3.6 Begjæring om midlertidig forføyning og søksmål om tilsidesettelse av oppdragsgivers lovstridige beslutning

4.3.6.1 Innledning

Det følger av loven § 7 at leverandøren kan anlegge søksmål for domstolene for å få tildelingsbeslutningen tilsidesatt *inntil* kontrakt er inngått. Som oftest vil imidlertid kontraktsinngåelsen være nært forestående, og det vil da ikke være tid til å avvente rettens beslutning, ettersom det ofte tar noe tid før retten pådømmer saken.

Leverandøren kan da begjære midlertidig forføyning etter lovens § 8, med krav om at kontraktsinngåelsen skal stanses inntil søksmålet anlagt etter § 7 er avgjort. Jeg behandler derfor først i punkt 4.3.6.2 adgangen til å kreve midlertidig forføyning, før jeg i punkt 4.3.6.3 behandler rettens tilsidesettelsesadgang etter § 7 nærmere.

Det kan imidlertid reises spørsmål ved hvilken tilknytning leverandøren må ha til kontrakten for at kravet til rettslig interesse i tvisteloven § 1-3 vil være oppfylt. Det springende punkt er om leverandøren faktisk må ha deltatt i konkurranse om kontrakten, eller om også leverandører som potensielt kunne ha deltatt i en slik konkurranse, dersom det i henhold til lovverket hadde vært avholdt, har rettslig interesse. I Rt. 2008 s. 982 har Høyesterett lagt til grunn at ikke bare leverandører som deltar i en konkurranse, men også leverandører som urettmessig er utestengt fra deltakelse på grunn av feilaktig eller manglende kunngjøring er rettighetshavere etter lovverket. Retten påpekte at slike potensielle leverandører åpenbart omfattes av de rettigheter loven gir i §§ 7, 8 og 10.

Både deltakende og potensielle leverandører kan etter dette begjære midlertidig forføyning etter § 8, og anlegge søksmål om overtredelse av lovverket etter § 7.

⁶⁶ L.c.

4.3.6.2 Begjæring om midlertidig forføyning

Det følger av offanskl. § 8 at leverandøren kan begjære midlertidig forføyning inntil kontrakt er inngått. Reglene om midlertidig forføyning finnes i tvisteloven kapittel 34, som da må anvendes med de tilpasninger som følger av offanskl. § 8. En midlertidig forføyning kan etter tvl. § 34-3 (1) gå ut på at saksøkte må “unnlate (...) en handling.” Dette innebærer at oppdragsgiver kan pålegges å avvente kontraktsinngåelsen frem til retten etter § 7 tilsidesetter tildelingsbeslutningen, eller oppdragsgiver selv omgjør den. Det følger av ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 68 at offanskl. § 8 gir domstolen diskresjonær myndighet til å avgjøre hvorvidt midlertidig forføyning skal besluttes. Det er altså ikke tilstrekkelig at vilkårene i tvisteloven om midlertidig forføyning er oppfylt. Domstolen må foreta en helhetsvurdering hvor partenes og offentlighetens interesser må vurderes. Leverandørens hovedkrav etter tvl. § 1-3 vil i en slik situasjon typisk være at tildelingsbeslutningen er motivert av bestikkelser som dermed utgjør brudd på loven § 5, og at retten derfor vil tilsidesette tildelingsbeslutningen i henhold til loven § 7 i et senere søksmål om dette.

Vilkårene for at retten kan nedlegge midlertidig forføyning fremgår av tvl. §§ 34-1 og 34-2. Etter tvl. § 34-1 (1) a og b er det to alternative sikringsgrunner som kan gi grunnlag for midlertidig forføyning. Mest aktuelt ved et slikt hovedkrav er bokstav a, som angir at retten kan beslutte midlertidig forføyning dersom “saksøktes adferd gjør det nødvendig med midlertidig sikring fordi forfølgningen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort.” Det følger av forarbeidene⁶⁷ at bestemmelsen er aktuell når det skal reageres mot en rettsstridig handling fra motpartens side, for eksempel iverksettelse av et ugyldig forvaltningsvedtak, rettsstridig oppføring av bygg osv. Bestemmelsen vil derfor kunne anvendes når det er nødvendig med midlertidig sikring for å stanse en urettmessig kontraktstildeling etter anskaffelsesregelverket. Etter tvl. § 34-2 (1) må den som fremsetter begjæringen “sannsynliggjøre” at han har et “krav” etter tvl. § 1-3, og at det foreligger “sikringsgrunn” i henhold til tvl. 34-1 (1). Spørsmålet blir da hva som kreves for å oppfylle disse vilkårene.

⁶⁷ Ot.prp.nr.65 (1990-1991) s.292, forarbeider til tvangsfullbyrdsloven. Bestemmelsene om midlertidig forføyning er videreført i tvisteloven.

Når det gjelder hvilken sannsynlighetsgrad som kreves, må ordlyden som krever “sannsynliggjør,” forstås slik at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Slik er sannsynlighetskravet også anvendt i rettspraksis, jf. Rt. 1997 s. 1197.⁶⁸ Det er hverken i loven eller forarbeidene oppstilt noe særskilt beviskrav når begjæringen gjelder krav oppstått som følge av straffbare eller sterkt kritikkverdige forhold, og hvor dette medfører skjerpet beviskrav ved pådømmelsen av hovedkravet, jf. punkt 4.2.1. Jeg legger derfor til grunn at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for at det er begått korrupsjon.

Når det gjelder “kravet” må leverandøren sannsynliggjøre at kontraktstildelingen er motivert av bestikkelser slik at det foreligger brudd på loven § 5, og at det er sannsynlig at en domstol vil velge å sette tildelingsbeslutningen til side etter offanskl. § 7 ved et senere søksmål om dette. Det vil da foreligge et rettskrav etter tvl. § 1-3.

Det vil som hovedregel foreligge “sikringsgrunn” etter tvl. § 34-1 (1) a når oppdragsgiver har tildelt oppdraget og er i ferd med å inngå kontrakt.⁶⁹ Dette fordi forfølgningen av kravet vil vanskeliggjøres “vesentlig”, ettersom domstolen etter kontraktsinngåelsen ikke kan tilsidesette tildelingsbeslutningen.

Videre følger det av tvl. § 34-1 (2) at forføyning ikke kan besluttes dersom den “skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet”. Retten må da foreta en avveining mellom den skade eller ulempe som oppdragsgiver blir påført ved å måtte avvente kontraktsinngåelsen, står i åpenbart misforhold til den interesse leverandørens har i at forføyning besluttes. Det følger av ot.prp.nr.65 (1990-1991) s. 292 at “det for midlertidige forføyninger gjelder en grunnsetning om proporsjonalitet hvor det tas hensyn til samtlige interesser som er inne i bildet”. Etter forarbeidene til offanskl. § 8 skal både partenes og offentlighetens interesser vurderes.⁷⁰

Det vil ofte være av stor betydning for leverandøren å få midlertidig forføyning om at kontraktsinngåelsen må avvendes, ettersom kontraktsinngåelsen avskjærer han fra adgangen til å få domstolens tilsidesettelse av beslutningen. For oppdragsgiver vil det

⁶⁸ Dommen gjaldt tidligere tvangsfullbyrdelsesloven § 15-6 som tilsvarende tvisteloven § 34-2.

⁶⁹ Dragsten (2005) s. 290.

⁷⁰ Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s.68.

ofte medføre skadevirkninger av økonomisk og praktisk art dersom inngåelsen må avventes, ettersom det oppstår en forsinkelse i anskaffelsesprosessen. Dersom påstandene om korrupsjon er riktige, vil imidlertid oppdragsgiver måtte gjennomføre en omfattende opprydningsprosess, og risikerer erstatningskrav fra berørte leverandører. Når det er sannsynliggjort at det er begått korrupsjon, må det derfor også anses å være i oppdragsgivers og felleskapets interesse at kontraktsinngåelsen stanses frem til forholdet er avklart. Avveining må i et slikt tilfelle ha et ganske åpenbart utfall. Av Oslo byfogdembete kjennelse 22.06.2010 (TOBYF-2010-90098) følger at adgangen til å unnlate midlertidig forføyning som følge av vesentlig ulempe for oppdragsgiver etter tvl. § 34-1 (2), “ikke bør benyttes i tilfeller hvor det er klart at det offentlige har overtrådt anskaffelsesreglene på vesentlige punkter, eller det er tale om vilkårlighet eller myndighetsmisbruk.” Dersom leverandøren har sannsynliggjort at det er begått korrupsjon som har innvirket på tildelingsbeslutningen, tilsier uttalelsen at midlertidig forføyning ikke kan unnlates som følge av oppdragsgivers interesser. Forholdets alvorlighetsgrad og de ovennevnte interesser i at forføyning besluttet, taler for å legge dette standpunktet til grunn når det er sannsynliggjort at korrupsjon har virket inn på tildelingsbeslutningen.

Ytterligere kan leverandøren etter tvl. § 34-2 (2) få besluttet midlertidig forføyning selv om kravet *ikke* er sannsynliggjort dersom det er “fare ved opphold.”

Dette er en unntaksbestemmelse fra hovedregelen om at kravet må sannsynliggjøres. Bestemmelsen vil særlig kunne være aktuell ved midlertidig forføyning mot kontraktstildelinger motivert av bestikkelser, ettersom det som oftest er vanskelig for leverandøren å fremlegge tilstrekkelig bevis for at det er begått korrupsjon. Det følger av forarbeidene⁷¹ at det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt det foreligger fare ved opphold, og at konsekvensene for partene må vurderes. Om hensynene i denne avveiningen vises til drøftelsen over om tvl. § 34-1 (2).

⁷¹ Ot.prp.nr.65 (1990-1991) s.293.

Hovedregelen om behandlingen av forføyningen er at retten treffer beslutningen i kjennelse etter muntlig forhandling, jf. tvl. § 32-7 (1). Dersom det foreligger “fare ved opphold,” kan retten imidlertid beslutte midlertidig forføyning uten muntlig forhandling, jf. § 32-7 (2). Det følger av ot.prp.nr.65 (1990-1991) s. 276 at bestemmelsen kan anvendes når retten finner det nødvendig å treffe avgjørelse uten muntlig forhandling. Avgjørelsen fattes uten at motparten er hørt, og uten at begjæringen er forkynt for han. Bestemmelsen vil dermed kunne være aktuell i tilfeller hvor oppdragsgivers opptreden forut for begjæringen, gir grunn til å tro at denne vil fremskynde kontraktsinngåelsen dersom han får vite om begjæringen før den fattes. Forføyning uten varsel vil da effektivt kunne stanse oppdragsgivers adgang til å inngå en ulovlig tildelt kontrakt, slik som en tildeling etter bestikkelser. Dersom en som rammes av beslutningen krever det, skal det avholdes etterfølgende muntlig forhandling i henhold til § 32-8 (1).

4.3.6.3 Søksmål om tilsidesettelse av oppdragsgivers lovstridige beslutning

Loven § 7 gir leverandøren adgang til å anlegge søksmål for å få retten til å sette til side “beslutninger” truffet under anskaffelsesprosedyren som er i “strid med bestemmelser i lov eller forskrifter gitt i medhold av loven” inntil kontrakt er inngått. Både overtredelse av bestemmelser i loven og forskriften kan altså være grunnlag for søksmål. Når det gjelder hvilke “beslutninger” retten kan tilsidesette, følger det av NOU 1997:21 s. 117 at “med beslutninger menes alle premisser, valg og avgjørelser som oppdragsgiver foretar fra anskaffelsesprosedyrens begynnelse til slutt.” Det kreves altså ingen formell beslutning. I ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 67 følger det videre at det ved enhver anskaffelsesprosess vil være en kjerne av skjønn som domstolene ikke kan prøve. Dette spørsmålet vil imidlertid ikke aktualiseres ved tilsidesettelse som følge av korrupsjon.

Med hjemmel i denne bestemmelsen kan leverandøren da anlegge søksmål om at domstolen skal tilsidesette tildelingsbeslutningen fordi den er motivert av bestikkelser, og dermed i strid med loven § 5, jf. punkt 4.2. Bestemmelsen er imidlertid utformet som en “kan” bestemmelse, hvilket innebærer at det er opp til retten å vurdere hvorvidt det foreligger tilstrekkelige sterke grunner til å gripe inn. Retten må avveie saksøkerens interesser opp mot oppdragsgivers og samfunnet for øvrig, jfr. ot.prp.nr.71 (1997-1998)

s. 67. Hensynene i en slik avveining blir ganske sammenfallende med de som det er redegjort for under drøftelsen i punkt 4.3.6.2. Det følger videre av forarbeidene at retten bør kunne gripe inn til tross for at den ikke kjenner betydningen for utfallet av konkurransen dersom feilen er av alvorlig karakter. Dersom det foreligger tilstrekkelig bevis for at beslutningen er motivert av bestikkelser, må det anses som ganske åpenbart at retten vil tilsidesette denne beslutningen.

Når det gjelder beviskravene som stilles for å tilsidesette en slik beslutning, viser jeg til drøftelsen i kapittel 4.2.1. Når det er tale om å tilsidesette en beslutning som følge av korrupsjon, må regelen om skjerpet beviskrav komme til anvendelse.

Det foreligger foreløpig ingen rettsavgjørelser hvor anskaffelsesbeslutninger har blitt tilsidesatt som følge av at det er begått korrupsjon.

5 Rettslige virkemidler i anskaffelsesregelverket som kan anvendes når en kontraktstildeling som er motivert av bestikkelser angripes etter kontraktsinngåelsen

I dette kapitlet behandles først i punkt 5.1 de rettslige konsekvensene som kan oppstå for en inngått kontrakt når det avdekkes at inngåelsen var motivert av bestikkelser. Deretter behandles i punkt 5.2 de erstatningskrav som berørte leverandører kan gjøre gjeldende overfor oppdragsgiver når denne har begått et slikt regelbrudd.

5.1 De rettslige konsekvensene for den inngåtte kontrakten når det avdekkes at inngåelsen var motivert av bestikkelser

Spørsmålet er her om anskaffelsesregelverket angir de rettslige konsekvensene for en inngått kontrakt når det avdekkes at det er begått korrupsjon i forholdet mellom oppdragsgiver og den utvalgte leverandør, som har virket inn på beslutningen om kontraktstildeling, slik at kontrakten er inngått i strid med loven § 5.

Anskaffelsesreglene regulerer hovedsakelig prosessen frem til kontraktsinngåelse. Det følger av FOA § 3-11 at på områder hvor det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktstandarder, skal disse som hovedregel anvendes. Hvor det ikke foreligger slike standardvilkår, vil partene fremforhandle en egen avtale. De rettslige virkningene for kontrakten må derfor søkes i det partene konkret måtte ha avtalt, eventuelle anvendte standardvilkår, supplert med alminnelige kontrakts- og avtalerettslige regler.

Etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper er “vesentlig mislighold” hevingsgrunnlag. Spørsmålet blir da om oppdragsgiver kan gjøre gjeldende at det er “vesentlig mislighold” når leverandøren har bestukket en ansatt hos oppdragsgiver for å få kontrakten.

I Borgarting lagmannsrett dom 02.04.09 (LB-2008-9283) var et sentralt spørsmål om det kommunale foretaket Undervisningsbygg var berettiget til å heve en inngått rammeavtale og særskilt inngåtte avtaler da det viste seg at rammeavtalen var tildelt på urettmessig grunnlag ved bestikkelser av eiendomssjefen som hadde behandlet kontraktstildelingen. Retten uttalte at leverandøren hadde gjort seg “skyldig i grovt svik

og tillitsbrudd overfor Undervisningsbygg ved å sikre selskapet rammeavtalen med betydelige bestikklser til eiendomssjefen.” Retten kom til at dette forholdet “må utvilsomt anses som vesentlig mislighold av inngåtte avtaler” og følgelig brudd på NS3430 pkt. 34, som partene hadde anvendt som kontraktstandard. Anke til Høyesterett ble for øvrig nektet fremmet.⁷² Etter dette må det anses som klart at det vil være hevingsgrunnlag når leverandøren har bestukket oppdragsgiver for å få kontrakten.

Neste spørsmål er om oppdragsgiver kan gjøre gjeldende at kontrakten er ugyldig når leverandøren har bestukket oppdragsgivers fullmektig.

Etter avtaleloven § 33 kan ugyldighet påberopes av den som ved en avtaleinngåelse har bygget på en uriktig vesentlig forutsetning, som var synbar for motparten, og hvor det strider mot redelighet og god tro å gjøre avtalen gjeldende.⁷³ Når leverandøren har bestukket oppdragsgivers fullmektig for å få kontrakten, er han åpenbart vitende om at kontraktstildelingen er i strid med oppdragsgivers forutsetning om en rettmessig tildeling etter regelverket. Det vil også stride mot redelighet og god tro å gjøre gjeldende en avtale som er kommet i stand på en måte som rammes av straffelovens korrupsjonsbestemmelser, i tillegg til brudd på regelverket om offentlige anskaffelser. Oppdragsgiver kan etter dette påberope ugyldighet etter avtl. § 33.

Det kan også stilles spørsmål ved om avtalen vil være en nullitet etter NL 5-1-2, som angir at avtaler mot lov eller ærbarhet ikke skal holdes. Avtalen har kommet i stand ved brudd på både straffebestemmelser og regelverket om offentlige anskaffelser.

Opprettholdelse av avtalen vil stride mot prinsippet om at ingen skal tjene på eget rettsstridig forhold, jf. Rt. 1993 s. 312 som er et argument for å anse en avtale ugyldig etter bestemmelsen.⁷⁴ Opprettholdelse vil medføre at leverandøren profitterer på at han har begått korrupsjon, som blir særlig graverende når profitten kommer fra fellesskapets midler. Av hensyn til avhandlingens avgrensning er det ikke rom for å drøfte ugyldighetsspørsmålet grundigere.

⁷² Norges Høyesterett ankeutvalg 26.06.09 (HR-2009-1343-U).

⁷³ Høgberg (2006) s. 269.

⁷⁴ Hauge (2009) s. 429.

Det kan videre reises spørsmål ved om oppdragsgiver ikke bare vil ha adgang til å avslutte kontrakten, men om det også foreligger en plikt til det. Det foreligger ingen konkret hjemmel i lovverket som pålegger oppdragsgiver en slik plikt. Det kan mulig utledes av loven § 5. Spørsmålet er ikke behandlet i juridisk teori. Av hensyn til avhandlingen omfang behandles ikke dette nærmere, men det vises til drøftelsen i punkt 4.2.

5.2 Erstatningskrav fra leverandører som er påført tap som følge av regelbruddet

5.2.1 Erstatningskrav fra leverandører som har deltatt i konkurranse om kontrakten

Spørsmålet er her om leverandører som har deltatt i konkurranse om kontrakten kan kreve erstatning for tap de lider som følge av at det er begått korrupsjon i forholdet mellom oppdragsgiver og den utvalgte leverandør, som har virket inn på beslutningen om kontraktstildeling og gjort denne urettmessig i henhold til loven § 5.

Det følger av loven § 10 at den som lider tap som følge av brudd på regelverket har krav på erstatning for tapet.

Det er et alvorlig brudd på grunnleggende krav i loven § 5 når en leverandør tildeles kontrakten fordi denne har bestukket oppdragsgiver, jf. punkt 4.2. Vilåret om at det må foreligge “brudd på regelverket” er følgelig oppfylt.

Det følger av forarbeidene til bestemmelsen at den ikke skulle innebære noe nytt i forhold til rettstilstanden,⁷⁵ som må forstås slik at det er den alminnelige ulovfestede erstatningsretten som skal legges til grunn.⁷⁶ Etter alminnelig ulovfestet erstatningsrett kreves ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap. Anvendelsen av disse grunnsetningene må imidlertid tillempe de særlige hensyn som gjør seg gjeldene ved

⁷⁵ NOU 1997:21 s.118.

⁷⁶ Roll-Matthiesen (2004) s. 61.

offentlige anskaffelser.⁷⁷ Dette illustreres i rettspraksis om tilkjenning av erstatning for tapspostene positiv og negativ kontraktsinteresse, som behandles i punkt 5.2.1.1 og 5.2.1.2.

Leverandøren må altså for det første være påført et økonomisk tap som følge av regelbruddet. Når det er begått et slikt regelbrudd i en anbudskonkurranse, vil det typisk oppstå spørsmål om de leverandørene som har deltatt i konkurransen, men som likevel ville blitt utkonkurrert, har krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse. Den negative kontraktsinteresse er erstatning for de kostander leverandøren har hatt ved deltakelsen i konkurransen, typisk utarbeidelse av anbud, prosjektering, reising osv.⁷⁸ Et annet spørsmål som reiser seg, er om den som ville fått kontrakten dersom konkurransen hadde blitt gjennomført rettmessig, har krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse. Erstatning for den positive kontraktsinteresse vil si at leverandøren stilles som han hadde fått kontrakten, og da får erstattet tapt fortjeneste samt annet tap som følge av regelbruddet.⁷⁹

I rettspraksis og teori er det oppstilt et krav om at erstatningsansvar er betinget av at tapet er en påregnelig følge av den erstatningsbetingende handling.⁸⁰ Dette innebærer at de tapspostene som kreves erstattet, må være påregnelige følger av regelbruddet.

Kravet om årsakssammenheng er oppfylt dersom leverandørens tap har oppstått som følge av regelbruddet.⁸¹ Når det gjelder kravet til årsakssammenheng, har rettspraksis oppstilt særlige vilkår om kravet til årsakssammenheng for å få tilkjent negativ og positiv kontraktsinteresse ved offentlige anskaffelser. Disse vilkårene behandles i punkt 5.2.1.1 og 5.2.1.2.

Spørsmålet om hvilket ansvarsgrunnlag som følger av bestemmelsen er imidlertid mer komplisert. Ordlyden gir ingen klare indikasjoner på om det er alminnelig culpa eller objektivt ansvar som oppstilles. Forarbeidene angir imidlertid at det er culpa som er ansvarsgrunnlaget, men at rettsvillfarelse normalt ikke fritar for erstatningsansvar.⁸²

⁷⁷ L.c.

⁷⁸ NOU 1997:21 s.85.

⁷⁹ Dragsten (2005) s. 317.

⁸⁰ Rt. 1973 s. 1268.

⁸¹ Dragsten (2005) s. 315.

⁸² NOU 1997:21 s.85.

Det culpøse består i at reglene for gjennomføring av konkurransen brytes.⁸³ Rettspraksis om bestemmelsen er konsentrert om de særskilte vilkårene som har utpenslet seg for tilkjenning av henholdsvis den positive og negative kontraktsinteresse, uten at det er presisert hvilket ansvarsgrunnlag som ligger bak vilkårene.⁸⁴ Som vist i punkt 2 må EØS-basert lovgivning tolkes i samsvar med EU-domstolens rettspraksis om tilsvarende EU-lovgivning. Offanskl. § 10 gjennomfører håndhevelsesdirektivets krav om at personer som lider skade som følge av oppdragsgivers regelbrudd, skal ha erstatning.⁸⁵ EU-domstolen har nylig avsagt to avgjørelser med kort tid i mellom når det gjelder ansvarsgrunnlaget etter direktivets bestemmelse om skadelidtes erstatningsadgang. Disse avgjørelsene er imidlertid sprikende. I den første, C-314/09 Stadt Graz, kom domstolen til at det vil være i strid med håndhevelsesdirektivets krav om effektive og hurtige klageprosedyrer å gjøre erstatningsansvar betinget av culpa, selv når bevisbyrden er snudd og bedømmelsen av skyld er objektivisert. I den siste dommen, C-568/08 Combinatie, ble det i større grad vektlagt at håndhevelsesdirektivet ikke regulerer spørsmålet om ansvarsgrunnlag, og at man derfor måtte falle tilbake på medlemsstatenes alminnelige erstatningsplikt ved brudd på EU-reglene. Dette er blant annet er betinget av at overtredelsen er tilstrekkelig kvalifisert. En overtredelse vil være tilstrekkelig kvalifisert når den er åpenbar og grov.⁸⁶ Den siste dommen ser dermed ut til å stille medlemsstatene friere i forhold til ansvarsgrunnlaget.⁸⁷ Lex-posterior prinsippet tilsier at den siste avgjørelsen skal legges til grunn. Men når dommene kun er avsagt med få måneders mellomrom, av ulike underavdelinger i domstolen, må det likevel anses uklart. Spørsmålet har så vidt jeg kjenner til, ikke blitt behandlet av domstolen i plenum. Uttalelsene i forarbeidene om at ansvarsgrunnlaget er culpa, står likevel tilsynelatende ikke i strid med EU-domstolens praksis, og jeg legger derfor til grunn at dette er ansvarsgrunnlaget. Konklusjonen er at ansvarsgrunnlaget er culpa, som klart vil foreligge når oppdragsgiver bryter reglene fordi han bestikkes til det.

I tråd med alminnelige erstatningsrettslige regler, har leverandøren en tapsbegrensningsplikt. Dersom leverandøren kan klandres for ikke å ha iverksatt tiltak

⁸³ L.c.

⁸⁴ Dragsten (2005) s. 314.

⁸⁵ Direktiv 89/665/EØF art. 2 nr. 1c.

⁸⁶ Sørensen (2008) s. 230.

⁸⁷ Simonsen (2011).

for å begrense tapet, kan erstatningen reduseres eller falle bort etter skadeserstatningsloven § 5-1.⁸⁸

Når det gjelder beviskravet i erstatningssaker er hovedregelen at det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt for at vilkårene er oppfylt.⁸⁹ Ved spørsmålet om det er begått korrupsjon i forbindelse med kontraktstildelingen, må imidlertid leverandørene bevise dette med kvalifisert sannsynlighetsovervekt, jf. punkt 4.2.1. Hvis oppdragsgiver eller enkeltansatte hos denne dømmes for korrupsjonen, eller det foreligger andre slike åpenbare bevis, vil ikke beviskravet by på problemer.

5.2.1.1 Erstatning for den negative kontraktsinteresse

Rt. 1997 s. 574 anses som den prinsipielle dommen om tilkjenning av negativ kontraktsinteresse på anbudsrettens område. Saken falt utenfor dagjeldende regelverk om offentlige anskaffelser, men de samme betraktninger gjør seg gjeldende under lovverket i dag. Kommunen hadde i anbudsinnbydelsen stilt krav om at leverandøren måtte ha lærlingordning med staten, men tildelte likevel kontrakten til en leverandør som ikke hadde det. Retten uttalte at det her forelå en “klar” feil ved at kommunen tildelte oppdraget til en leverandør som ikke oppfylte kvalifikasjonskravene. Vilåret for at leverandørene kunne kreve erstatning var at leverandørene ikke ville ha inngitt tilbud dersom de på forhånd visste hvordan konkurransen ville bli gjennomført. Beviskravene for at leverandørene ikke ville deltatt måtte etter rettens vurdering lempes i forhold til alminnelige erstatningsrettslige regler. Bevistvil burde etter rettens oppfatning gå utover innbyderen. I dette tilfellet fant retten det lite tvilsomt at leverandørene likevel ville deltatt, fordi de hadde deltatt i andre konkurranser hvor den valgte leverandør hadde deltatt med dispensasjon fra lærlingkravet. De ble derfor ikke tilkjent negativ kontraktsinteresse.

Når kontrakten tildeles etter bestikkelser, i strid med loven § 5, vil det også foreligge et “klart” brudd på reglene. Vilåret om at leverandørene ikke ville deltatt dersom de visste hvordan konkurransen ville bli gjennomført, vil her åpenbart være oppfylt.

⁸⁸ Roll-Matthiesen (2004) s. 70 og Dragsten (2005) s. 316.

⁸⁹ Lødrup (1999) s. 319.

Spørsmålet om leverandørene får den negative kontraktsinteressen erstattet avhenger derfor av om beviskravet for at det er begått korrupsjon er oppfylt.

5.2.1.1.1 Særregel for visse tilfeller av klanderverdig opptreden fra oppdragsgiver

I tillegg følger det videre av Rt. 1997 s. 574 at det i en del tilfeller vil kunne kreves erstatning for den negative kontraktsinteresse av samtlige forbigåtte leverandører, uten noen vurdering av om de likevel ville deltatt dersom de på forhånd visste hvordan konkurransen ville bli gjennomført. Som eksempel på slike tilfeller nevner førstvoterende tilfeller hvor oppdragsgiver har utstedt en fiktiv anbudsinnbydelse for å teste markedet, og tilfeller hvor oppdragsgiver ved utstedelsen av anbudet er klar over at finansieringen ikke er i orden. Dette må forstås som tilfeller av klanderverdig opptreden fra oppdragsgivers side.⁹⁰

Det må være åpenbart at kontraktstildeling motivert av bestikklser er et svært klanderverdig regelbrudd, som dermed gir grunnlag for å utmåle erstatning uten noen vurdering av om leverandørene likevel ville deltatt. Spørsmålet om det er begått korrupsjon må imidlertid avgjøres etter de samme beviskrav som over.

5.2.1.2 Erstatning for den positive kontraktsinteresse

Når det gjelder erstatning for den positive kontraktsinteresse, har Høyesterett i Rt. 2001 s. 1062 avsagt hvilke vilkår som stilles i denne henseende. Saken gjaldt en fylkeskommunes kjøp av tjenester til et psykiatrisk sykehus. Konkurransen ble regulert av daværende tjenesteforskrift, som i hovedtrekk svarer til FOA. Fylkeskommunen hadde under prosessen begått ulovlig forskjellsbehandling, og ved to anledninger brutt likebehandlingskravet. Retten kom til at dette samlet utgjorde vesentlige feil. Vilkårene for å tilkjenne den positive kontraktsinteresse var at oppdragsgiver hadde gjort “vesentlige” feil under anbudsprosessen, og at det forelå “klar sannsynlighetsovervekt” for at anbyderen ville blitt tildelt oppdraget om feilen(e) ikke var begått. Ved vurderingen av om en feil var vesentlig, måtte det legges vekt på feilens størrelse, typen av feil, og hvor mye oppdragsgiveren var å klandre. Kravet om “klar”

⁹⁰ Dragsten (2005) s. 340.

sannsynlighetsovervekt innebar at det krevdes kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville blitt tildelt oppdraget.⁹¹ I denne saken ble vilkårene ansett oppfylt.

Dommen er fulgt opp i Rt. 2007 s. 983 og Rt. 2008 s. 1705.

Det må anses åpenbart at tildeling motivert av bestikkelser i strid med loven § 5, utgjør et “vesentlig” brudd på regelverket. Som i drøftelsen over kreves det imidlertid bevist med kvalifisert sannsynlighetsovervekt at det er begått korrupsjon. Dersom dette beviskravet er oppfylt, blir det springende punkt blir om leverandøren kan bevise med “klar” sannsynlighetsovervekt at nettopp denne ville fått kontrakten dersom konkurransen hadde blitt gjennomført rettmessig.

Når det gjelder utmålingen av den negative og positive kontraktsinteresse, henvises det til Dragsten (2005) s. 330 og 343 flg.

5.2.1.3 Erstatningskrav etter skadeserstatningsloven § 1-6

De skjerpede beviskrav, herunder for at det er begått korrupsjon, og for at leverandøren ville blitt tildelt oppdraget, kan gjøre det vanskelig for leverandøren å nå frem med et krav om den positive kontraktsinteresse. Det kan derfor stilles spørsmål ved om det vil være enklere for leverandøren å nå frem med sitt erstatningskrav dersom denne heller påberoper skadeserstatningsloven § 1-6.

Når det gjelder beviskravet for at det er begått korrupsjon, kan samme problemstilling reises for den negative kontraktsinteresse.

Det følger av bestemmelsen at “[d]en som har lidt skade som følge av korrupsjon, kan kreve erstatning fra den som med forsett eller uaktsomhet svarer for korrupsjonen eller medvirkning”. Dette gir hjemmel til å kreve erstatning av den enkelte ansatte hos oppdragsgiver som har begått korrupsjon ved kontraktstildelingen. I tillegg følger det av 2. punktum at erstatning kan kreves av den ansvarliges arbeidsgiver, dersom “korrupsjonen har skjedd i tilknytning til utføring av arbeid for arbeidsgiveren”, med mindre denne har “truffet alle rimelige forholdsregler for å unngå korrupsjon” og ansvar heller “ikke vil være rimelig etter en samlet vurdering av saken.” Det følger av

⁹¹ Dragsten (2005) s. 326.

forarbeidene at vilkårene for at arbeidsgiveren skal gå fri for ansvar er kumulative, og at arbeidsgiveren har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt.⁹² Når det gjelder vurderingen av om vilkårene for ansvarsfritak er oppfylt, vises til ot.prp.nr.73 (2006-2007) s. 60 flg. Videre følger det at bestemmelsen kommer til anvendelse både når korrupsjonen skjer i arbeidsgiverens interesse, og når den skader arbeidsgiverens interesser.

Etter 2. ledd skal erstatningen dekke den skadelidtes tap. Både den negative og den positive kontraktsinteresse vil dermed kunne kreves erstattet.

I bestemmelsen er det ikke oppstilt særskilte beviskrav for om det er begått korrupsjon eller for at det er årsakssammenheng mellom korrupsjonen og tapet. Spørsmålet er berørt i forarbeidene hvor departementet fremholder utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt i sivile saker.⁹³ Det påpekes likevel at domstolene må ta stilling til om den foreliggende rettspraksis om skjerpet beviskrav ved belastende bevistema må medføre et slikt beviskrav for å legge til grunn at korrupsjon er utøvd. Det er grunn til å tro at domstolene da vil kreve kvalifisert sannsynlighetsovervekt, ettersom det er dette beviskravet domstolene har oppstilt når man i en sivil sak skal legge til grunn at en part har gjort seg skyldig i et straffbart eller sterkt kritikkverdig forhold, jf. punkt. 4.2.1. Ved spørsmålet om det foreligger årsakssammenheng mellom korrupsjonen og tapet, fremholdes det videre i forarbeidene at det neppe vil være grunn til å kreve mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Når det gjelder den positive kontraktsinteresse skulle dette da tilsi at det ikke vil oppstilles noe krav om at det må foreligge “klar” sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville blitt tildelt oppdraget. Når domstolene skal ta stilling til bevisvurderingen under bestemmelsen, er det imidlertid mulig de vil legge til grunn det beviskravet som ellers er oppstilt for erstatningskrav ved offentlige anskaffelser ved krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse. Særlig fordi det i forarbeidene påpekes at domstolen må vurdere de særlige beviskrav som gjelder for belastende bevistema, kan det derfor tenkes at det samme må gjelde andre spesielle bevistema som i rettspraksis har fått skjerpet beviskrav, slik som erstatning for den positive kontraktsinteresse ved offentlige anskaffelser.

⁹² Ot.prp.nr.73 (2006-2007) s.60.

⁹³ Op.cit. s.45.

Jeg kommer derfor til at det trolig ikke er enklere for leverandørene å nå frem hverken med krav om erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse etter denne bestemmelsen.

5.2.1.4 Særlig om leverandørens rett til å kreve erstatning for kostnader pådratt ved klagebehandling hos klageorganer før og etter kontraktsinngåelse

Spørsmålet er her om leverandøren har krav på erstatning for kostnader pådratt ved behandling av klage hos KOFA, ESA og forespørsel om stansningspålegg hos departementet, fremsatt for å stanse en kontraktsinngåelse motivert av bestikkelser, i strid med loven § 5. Nært knyttet til dette er også spørsmålet om leverandørene kan kreve erstatning for kostnader pådratt for å få konstatert at det er begått et slikt regelbrudd når klagebehandlingen i disse organene utføres etter kontraktsinngåelsen. Disse spørsmålene behandles derfor samlet her.

Det følger av loven § 10 at leverandøren kan kreve erstatning for det tap han har lidt som følge av regelbruddet. Jeg viser til drøftelsen i 5.2.1 om vilkårene for å kreve erstatning etter bestemmelsen. Spørsmålene dreier seg om hvorvidt disse tapspostene er påregnelige følger av regelbruddet.

I Rt. 2008 s. 982 omtalt i punkt 4.3.6.1, hadde kommunen foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, som en potensiell leverandør hadde forsøkt å stanse. Retten kom til at kostnader som er pådratt for å få stanset en ulovlig anskaffelsesprosess med sikte på selv å få delta, kan kreves erstattet etter loven § 10. Leverandøren fikk i denne dommen tilkjent kostnadene knyttet til behandlingen hos ESA og departementet frem til kontraktsinngåelsen, men fikk ikke erstattet kostnadene ved den etterfølgende behandling hos disse organene. Selv om disse organene også etter kontraktsinngåelsen kunne konstatere om det var begått regelbrudd, kunne henvendelsene ikke lenger føre til pålegg, og kunne da ikke kreves erstattet. Leverandøren fikk heller ikke dekket kostnadene for klagebehandlingen hos KOFA, ettersom klagen til KOFA først ble fremsatt *etter* kontraktsinngåelsen. Førstvoterende antydte likevel at kostnader til klagebehandling hos KOFA som utføres *før* kontraktsinngåelsen, vil falle inn under den

erstatning som kan kreves etter loven § 10. Dette fordi KOFA-uttalelser som avgis før kontraktsinngåelsen etter rettens oppfatning vil kunne ha en betydning som ligner pålegg fra departementet. Klagegebyret til KOFA er lavt, men leverandøren kan pådra seg kostander i forbindelse med juridisk bistand til utformingen av klagen.

Førstvoterende påpekte også at både deltakere i anbudskonkurranser, og potensielle anbydere har krav på den type erstatning som i denne saken ble tilkjent.

I denne dommen var det imidlertid dissens 4-1. Mindretallet kom til at også kostnadene pådratt ved den etterfølgende behandling hos ESA, KOFA og departementet kunne kreves erstattet. Mindretallet la til grunn at en part i utgangspunktet kan få erstattet nødvendige omkostninger som er pådratt for å styrke rettsgrunnlaget for et krav som bringes inn for domstolene. Etter min mening er mindretallets begrunnelse og konklusjon god. Kostnader knyttet til behandling hos klageorganene etter kontraktsinngåelsen, vil ikke rent faktisk være pådratt for å stanse kontraktsinngåelsen. Det vil likevel være kostnader som er nødvendige for å påvise at det ble begått et regelbrudd som leverandøren forgjeves har pådratt seg kostander for å forsøke å forhindre. Leverandøren kan på samme måte ha behov for å få konstatert at det foreligger regelbrudd også når han er påført andre typer tap. For eksempel slike tapsposter som karakteriseres som positiv og negativ kontraktsinteresse, jf. punkt. 5.2.1.2 og 5.2.1.3. Et formål med leverandørenes klageadgang til KOFA, ESA og departementet er nettopp at leverandørene skal få avklart om de har rettskrav som de bør gå videre med. Søksmål for domstolene påfører leverandørene prosessrisiko, og de har derfor behov for å ha et sikkert grunnlag før de går til sak. Dette må være påregnelig for oppdragsgiver. Det kan ikke utelukkes at Høyesteretts flertall hadde kommet til et annet resultat dersom regelbruddet de fikk forelagt var korrupsjon. Når flertallet i denne dommen har kommet til at kun kostnader pådratt for stanse en urettmessig kontraktsinngåelse kan kreves erstattet, må imidlertid dette likevel bli konklusjonen. Etterfølgende klagebehandling for å få konstatert regelbrudd, for å styrke erstatningskrav for oppstått tap, kan dermed ikke kreves erstattet.

5.2.2 Erstatningskrav fra potensielle leverandører

Det kan videre stilles spørsmål ved om loven § 10 gir potensielle leverandører krav på erstatning for tap de lider som følge av at det er begått korrupsjon i forholdet mellom oppdragsgiver og den utvalgte leverandør, som har virket inn på beslutningen om kontraktstildeling og gjort denne urettmessig i henhold til loven § 5.

Jeg viser til drøftelsen i 5.2.1 om vilkårene for å kreve erstatning etter bestemmelsen.

Som vist i punkt 5.2.1.4, følger det av Rt. 2008 s. 982 at også potensielle leverandører har krav på erstatning for kostnader pådratt for å stanse en ulovlig anskaffelsesprosess for selv å kunne delta. Den negative kontraktsinteressen kan disse åpenbart ikke kreve noen erstatning for, ettersom de ikke vil ha pådratt seg slike kostnader når de ikke har deltatt i noen konkurranse. Høyesterett har ikke tatt stilling til om også potensielle leverandører kan kreve den positive kontraktsinteresse erstattet. De vilkårene som i ovennevnte Rt. 2001 s.1062 er oppstilt for tilkjenning av den positive kontraktsinteresse, er det vanskelig å oppfylle for leverandører som ikke har deltatt i noen konkurranse. Særlig vil det være vanskelig å bevise med “klar sannsynlighetsovervekt” at vedkommende ville fått kontrakten dersom kontraktstildelingen hadde skjedd rettmessig.

6 Andre rettslige konsekvenser som anskaffelsesregelverket gir anvisning på når det begås korrupsjon i forbindelse med prosessen

I dette kapitlet behandles øvrige rettslige konsekvenser som anskaffelsesregelverket gir anvisning på når det begås korrupsjon under prosessen.

I punkt 6.1 behandles rettslige konsekvenser som anskaffelsesregelverket oppstiller for den leverandør som gjør seg skyldig i korrupsjon. I punkt 6.2 behandles adgangen til å illegge oppdragsgiver overtredelsesgebyr. I punkt 6.3 reises spørsmålet om anskaffelsesregelverket inneholder rettslige konsekvenser for ansatte hos oppdragsgiver som gjør seg skyldig i korrupsjon under prosessen.

6.1 De rettslige konsekvensene som anskaffelsesregelverket oppstiller for den enkelte leverandør som gjør seg skyldig i korrupsjon under prosessen

6.1.1 Utelukkelse fra offentlige anskaffelser

Her behandles i punkt 6.1.1.1 flg. reglene om oppdragsgivers avvisningsplikt i FOA §§ 11-10 (1) e og 20-12 (1) e. Deretter behandles i punkt 6.1.1.3 reglene om oppdragsgivers avvisningsrett i FOA §§ 11-10 (2) d og 20-12 (2) d.

6.1.1.1 Pliktig avvisning dersom leverandøren blir dømt for korrupsjonen

Det følger av forskriften § 11-10 (1) e og § 20-12 (1) e at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som han “kjenner til er rettskraftig dømt (...) for korrupsjon (...) hvor ikke allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren”.

Rettskildene i de følgende drøftelsene vil utover ordlyden i bestemmelsen være veiledningene til reglene, KOFApraksis og EU-direktivet⁹⁴ som ligger til grunn for bestemmelsen der dette kan gi veiledning ved tolkningen. Dette fordi det foreligger svært lite rettspraksis og forarbeider til bestemmelsen.

⁹⁴ Direktiv 2004/18/EF.

Etter ordlyden er avvisningsplikten ikke absolutt. Avvisningsplikten oppstår for det første kun dersom oppdragsgiver “kjenner til” at vedkommende leverandør er dømt for et slikt forhold. Ordlyden angir ingen plikt til å undersøke om leverandøren er dømt. Slik er bestemmelsen også tolket i veiledningen.⁹⁵ Det følger imidlertid av FOA §§ 11-13 (1) og 20-15 (1) at oppdragsgiver snarest mulig skal ta stilling til avvisningsspørsmålet. Når det ikke foreligger noen plikt til å undersøke om det foreligger forhold som gir grunnlag for avvisning, må det innebære at plikten til snarest mulig å ta stilling til spørsmålet, først oppstår når oppdragsgiver får kjennskap til forholdet. I KOFA 2006/153⁹⁶ er det fastslått at oppdragsgiver ikke må opplyse om avvisningsreglene på forhånd. Av KOFA 2007/109⁹⁷ følger at avvisningsplikten oppstår på et hvilket som helst tidspunkt under prosessen som oppdragsgiver får kjennskap til forholdet.

Videre foreligger det ikke avvisningsplikt dersom “allmenne hensyn” gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren. Det følger av avvisningsveiledningen s. 12 at allmenne hensyn for eksempel kan være “(...) hensyn til liv og helse, for å forhindre ødeleggelser på eiendom, forsyningssikkerhet eller på annen måte ivareta andre viktige samfunnsinteresser. Rene økonomiske interesser vil som hovedregel ikke være tilstrekkelige.”

6.1.1.2 Rekkevidden

Spørsmålet blir så om det er andre begrensninger i avvisningsplikten i FOA §§ 11-10 og 20-12 (1) enn de som er omtalt i punkt 6.1.1.1.

Det følger av avvisningsveiledningen at bestemmelsen må tolkes i lys av det alminnelige anskaffelsesrettslige prinsippet om forholdsmessighet.⁹⁸ Det vil ofte ramme leverandøren hardt når han utestenges fra konkurranser om offentlige kontrakter.

“Derfor må beslutningen om avvisning stå i forhold til den straffbare handlingen,” jf.

⁹⁵ Veiledningen s. 159.

⁹⁶ Premiss 105-112. Saken er avgjort under den tidligere forskriften, men avvisningsbestemmelsene er videreført. Den gjaldt den fakulative avvisningsretten, men samme betraktning må trolig legges til grunn ved avvisningsplikt.

⁹⁷ Premiss 88.

⁹⁸ Avvisningsveiledningen s. 12.

avvisningsveiledningen s. 12. Forholdsmessighetsvurderingen er nærmere behandlet i KOFA sak 2009/28. Saken gjaldt avvisning etter forskriften § 20-12 (2) c, men uttalelsen fremstår som generell i forhold til avvisning etter forskriften. Det ble her uttalt at

“[e]tter gjeldende bestemmelse er det ikke satt noen absolutt grense for hvor lenge og i hvor mange tilfeller man kan avvise som følge av straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel. Oppdragsgiver må således utøve et skjønn hvor det må sees hen til hvor alvorlig forholdet er, tidsforløpet mellom den straffbare handlingen og avvisningen, samt en generell vurdering av konsekvensene ved å opprettholde utestengning.”⁹⁹

Det stilles imidlertid visse krav til skjønnsutøvelsen som i noen grad kan prøves. Om dette følger det videre:

“[o]ppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn kan i begrenset grad overprøves rettslig. Klagenemnda kan prøve om innklagedes vurdering er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, samt om evalueringen er basert på et korrekt faktum, og ellers er saklig og forsvarlig.”¹⁰⁰

Ved avgjørelsen av om leverandøren skal avvises må oppdragsgiver altså foreta en forholdsmessighetsvurdering, hvor det avgjørende må være lovbruddets alvorlighetsgrad, hvor lenge det er siden det straffbare forhold fant sted, og konsekvensene av utestengningen. Disse momentene fra uttalelsen danner utgangspunkt for de følgende drøftelsene.

⁹⁹ Premiss 34.

¹⁰⁰ L.c.

6.1.1.2.1 Lovbruddets alvorlighetsgrad

Spørsmålet er her hvordan lovbruddets alvorlighetsgrad skal vurderes og vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen som må foretas ved anvendelsen av FOA §§ 11-10 og 20-12 (1) e.

Lovbruddets alvorlighetsgrad er omtalt i avvisningsveiledningen s. 12, hvor det understrekes at det vil være forskjell på alvorligheten i straffbare forhold. De nye korrupsjonsbestemmelsene favner vidt. Det vil være forskjell på klanderverdigheten når en leverandør er dømt for smøring ved å tilby oppdragsgiver å delta på dagstur til skibakken med kost inkludert, og hvor han dømmes for å bestikke oppdragsgiver i forbindelse med en konkret kontrakt eller systematisk gjennom lang tid. Det følger videre av avvisningsveiledningen at det skal foretas en objektiv vurdering, hvor oppdragsgiver skal se hen til den straffen som er ilagt. Det skal altså ikke være en vurdering basert på hva oppdragsgiver selv mener er alvorlig.¹⁰¹ Ytterligere må imidlertid oppdragsgiver ha mulighet til å sette en lavere terskel for straffbare forhold når han skal ha et nært samarbeid med leverandøren gjennom lengre tid. Dette påpekes i KOFA sak 2009/28 som gjaldt en rammeavtale over flere år. Nemnda uttalte at

“[s]like langvarige kontrakter forutsetter løpende lojalt samarbeid mellom partene. Generelt må det kunne legges til grunn at desto høyere grad av samarbeid det er mellom innklagede [oppdragsgiver] og leverandør, desto lavere terskel må det være for straffbare forhold hos leverandøren.”¹⁰²

6.1.1.2.2 Det tidsmessige aspektet av avvisningsplikten

Spørsmålet er her hvilken betydning tiden som har gått fra det straffbare forhold som utløste avvisningsplikten fant sted, til det blir spørsmål om å avvise leverandøren, skal ha ved forholdsmessighetsvurderingen som må foretas ved anvendelsen av FOA §§ 11-10 og 20-12 (1) e.

Det fremgår av uttalelsen i KOFA 2009/28 gjengitt i punkt 6.1.1.2. at tidsforløpet mellom det straffbare forhold og avvisningstidspunktet et viktig moment i forhold til

¹⁰¹ Avvisningsveiledningen s. 18.

¹⁰² Premiss 37.

om avvisningen fremstår som et uforholdsmessig tyngende inngrep. Desto lenger tid det har gått siden det straffbare forhold fant sted, desto større grunn er det til å se bort i fra det. Jeg tolker også uttalelsen slik at lovbruddets alvorlighetsgrad er utgangspunktet for vurderingen av det tidsmessige aspektet for avvisningsplikten. Når lovbruddet har en alvorlig karakter, taler det for at avvisningsplikten strekkes tidsmessig lenger enn når det er mindre alvorlig. Det kan her trekkes paralleller til reglene i strafferegistreringsloven §§ 5 og 6 om utstedelse av politiattest, hvor de mest alvorlige lovbruddene vil fremgå inntil 10 år etter dommens avgjørelse, mens det er inntil 5 år for mindre alvorlige lovbrudd. Det følger av avvisningsveiledningen s. 18 at utelukkelse ikke bør skje i en lengre periode enn det straffbare forhold fremgår av denne. I KOFA sak 2006/153 ble avvisning ikke ansett uforholdsmessig når perioden fra forsømmelsen frem til avvisningstidspunktet var på i overkant av fire år. Saken gjaldt her en forsømmelse mot etiske krav, og nemnda vil da ikke anlegge noe mindre tidsaspekt hvor det foreligger et straffbart forhold. Det ble imidlertid påpekt at “forsømmelsen var begått i et kjerneområde i det forretningsmessige forholdet.”¹⁰³ Når korrupsjon begås i forbindelse med kontraktstildelingen, vil det på samme måte kunne anses å være et lovbrudd i kjernen av det forretningsmessige forholdet. Dette fordi korrupsjon må anses som grov tillitssvikt fra leverandøren, og et samfunnsskadelig og aktuelt problem ved offentlige anskaffelser. Konklusjonen er at det tidsmessige aspektet har stor betydning, men avhenger av det straffbare forholdets alvorlighetsgrad.

6.1.1.2.3 Konsekvensene av utestengningen

Spørsmålet er her hvordan konsekvensene av avvisningen for leverandøren skal vektlegges ved forholdsmessighetsvurderingen som må foretas ved anvendelsen av avvisningsplikten som følger av FOA §§ 11-10 og 20-12 (1) e.

I KOFA uttalelsen i sak 2009/28 gjengitt i punkt 6.1.1.2, fremgår det at en generell vurdering av konsekvensene ved å opprettholde utestengningen må inngå i forholdsmessighetsvurderingen. I en forholdsmessighetsvurdering under avvisningsreglene er det åpenbart at konsekvensene for leverandøren står sentralt. I

¹⁰³ Premiss 135.

uttalelsen er det er imidlertid ikke presisert noe nærmere om hvilke konsekvenser som vil anses som tungtveiende, eller hvordan konsekvensene for leverandøren skal avveies mot de andre momentene. Heller ikke veiledningen uttaler noe om dette. Økonomiske interesser alene kan ikke være avgjørende, ettersom det ikke vektlegges på oppdragsgivers side, jf. punkt. 6.1.1.1. Det er mer naturlig å se det slik at konsekvensene får størst betydning i tilknytning til andre momenter, for eksempel hvis forholdets alvorlighetsgrad er lav, eller det er lenge siden forholdet fant sted, og hvor avvisning da fremstår som uforholdsmessig når leverandøren rammes hardt.

6.1.1.2.4 Betydningen av opprydningstiltak for å hindre fremtidige lovbrudd

Det kan også reises spørsmål ved om avvisningsplikten i FOA §§ 11-10 og 20-12 (1) e begrenses dersom leverandøren rydder opp i forholdene ved virksomheten for å unngå straffbare forhold i fremtiden, herunder søker å forhindre at den korruperte adferd i virksomheten gjentar seg.

Det følger av avvisningsveiledningen s. 19 at det bør "(...) være forskjell på den situasjon der en leverandør fortsetter sin virksomhet uten å foreta noen endringer i de forhold som førte til en straffbar handling, og situasjoner der en leverandør gjør et reelt forsøk på å rydde opp i sin virksomhet for å unngå at slike handlinger skjer igjen." Som eksempler på slike tiltak nevnes klargjøring av fakta, omfattende endringer av rutiner, avskjedigelse av berørte personer som for eksempel daglig leder, styremedlemmer og andre interne tiltak.¹⁰⁴ Av hensyn til avhandlingens omfang drøftes ikke dette nærmere.

¹⁰⁴ Avvisningsveiledningen s. 19.

6.1.1.2.5 Identifikasjonsspørsmålet

Det neste spørsmålet bestemmelsen i FOA §§ 11-10 og 20-12 (1) e reiser, er om avvisningsplikten kun oppstår når det er leverandøren som juridisk person som er dømt for korrupsjon, eller om det også er andre rettssubjekter som leverandøren må identifiseres med under avvisningsspørsmålet.

Ordlyden angir “leverandøren.” En alminnelig tolkning av ordlyden tilsier at det kun er leverandøren som juridisk person det er relevant å ta i betraktning her. I avvisningsveiledningen s. 13 fremgår det at både avvisnings plikten- og retten i utgangspunktet gjelder den “(...) aktuelle juridiske personen (leverandøren) som leverer tilbudet.” Korrupsjon kan imidlertid begås av både fysiske og juridiske personer med tilknytning til leverandøren.

Det første spørsmålet som reiser seg er om leverandøren må identifiseres med fysiske personer i selskapet som er dømt for korrupsjon, slik at deres forhold medfører at leverandøren må avvises.¹⁰⁵

I artikkel 45 i EU-direktivet som ligger til grunn for bestemmelsen, er oppdragsgiver gitt rett til å innhente dokumentasjon om leverandøren for å sikre at denne ikke er skyldig i slike forhold som gir avvisningsplikt.¹⁰⁶ I direktivet er det omtalt hvem slik dokumentasjon kan innhentes for:

“Afhængigt af den nationale lovgivning i den medlemsstat, hvor ansøgerne eller tilbudsgiverne er etableret, vedrører sådanne anmodninger juridiske personer og/eller fysiske personer, herunder eventuelt virksomhedsledere eller andre med beslutnings- eller kontrolbeføjelser i en virksomhed, der er bemyndigede til at repræsentere, træffe beslutninger vedrørende eller kontrollere ansøgeren eller tilbudsgiveren”.¹⁰⁷

Etter direktivet kan oppdragsgiver altså innhente slik dokumentasjon om virksomhetsledere og personer i virksomheten som enten har beslutnings-, representasjons- og/eller kontrollmyndighet. Retten til å innhente slik informasjon om disse må medføre at leverandøren identifiseres med disse. I avvisningsveiledningen s.

¹⁰⁵ Avvisningsveiledningen s. 13.

¹⁰⁶ Dette er også regelen i norsk rett, se FOA § § 11-10 og 20-12 (3).

¹⁰⁷ Direktiv 2004/18/EF artikkel 45 nr. 1.

15 fremgår det at identifikasjon mellom leverandøren og tilknyttede fysiske personer kan foretas der det etter en konkret vurdering fremstår som forholdsmessig og rimelig. Identifikasjonsspørsmålet er også berørt i KOFA sak 2006/153. Nemnda uttalte

“[m]ed henvisningen til “leverandører” tyder ordlyden i FOA § 8-12 (2) d [videreført i nåværende § 11-10 (2) d] isolert sett på at det er den formelle leverandøren som deltar i konkurransen som skal vurderes mot bestemmelsen i bokstav d. En slik snever forståelse ville medført at bestemmelsen var lett å omgå. Det ville utelukke identifikasjon i tilfeller der omgåelseshensikt ikke er tiltenkt, eller kan bevises, men der identifikasjon etter en konkret vurdering likevel fremstår som naturlig. Etter klagenemndas oppfatning må således identifikasjon kunne skje i tilfeller der det er tette bånd mellom formell leverandør og fysiske eller juridiske personer hvis handlinger rammes av avvisningsgrunnen i § 8-12 (2) d.”¹⁰⁸

Uttalelsen er lagt til grunn i senere praksis fra nemnda, også under den avløsende bestemmelsen i § 11-10 (2) d.¹⁰⁹ Om avgrensningen av hvilke personer som omfattes av identifikasjonen, har KOFA i sak 2009/28 uttalt videre at

“[d]et er således klagenemndas oppfatning at ikke bare ledere, men også nøkkelpersoner i virksomheten med oppgaver som knytter seg til forberedelsen av tilbud eller utførelsen av oppdrag for det offentlige, vil kunne anses som identifiserbare med selskapet for øvrig. Dette gjelder også i det tilfellet der vedkommende har en underordnet stilling, men allikevel er gitt oppgaver som er sentrale for driften av selskapet”.¹¹⁰

Etter dette må bestemmelsen forstås slik at leverandøren kan identifiseres med de nevnte personene i direktivet, andre personer inkludert underordnede som utfører sentrale oppgaver for leverandøren og i tillegg andre som har tette bånd til den formelle leverandøren. Forholdsmessighetsprinsippet taler for ikke å fastslå generelt hvilke personer leverandøren vil identifiseres med, men å foreta en konkret vurdering av om

¹⁰⁸ Premiss 117.

¹⁰⁹ KOFA 2009/28.

¹¹⁰ Premiss 28.

identifikasjon er naturlig. Da vil man kunne fange opp de tilfeller hvor det foreligger omgåelseshensikt, men unngå identifikasjon hvor dette fremstår som urimelig.

Identifikasjonsspørsmålet reiser også spørsmål om leverandøren skal identifiseres med andre juridiske personer som er dømt for korrupsjon, herunder andre selskaper i samme konsern som den aktuelle leverandøren. Dersom leverandøren er en del av et konsern, er dette da et spørsmål om avvisningsplikten smitter over på eventuelle mor-, søster og datterselskaper, slik at lovbruddet også medfører konsekvenser for disse.¹¹¹

Det foreligger som nevnt foreløpig ingen rettsavgjørelser om dette spørsmålet.

Spørsmålet har imidlertid aktualisert seg i en tvist som nylig er brakt inn for retten. Oslo kommune har hevet to løpende rammeavtaler med entreprenørselskapet X og avvist selskapet fra to andre anbudskonkurranser. Grunnlaget for hevingen og avvisningene er at daglig leder i søsterselskapet Y er anmeldt og mistenkt for forsøk på korrupsjon *til fordel* for X mot en ansatt i kommunen. Avvisningene anføres av kommunen å kunne hjemles i FOA § 11-10 (2) d. X har som følge av dette begjært midlertidig forføyning om at rammeavtalene opprettholdes inntil rettmessigheten av hevingen er rettskraftig avgjort, og at behandlingen av anbudskonkurransene stanses inntil rettmessigheten av avvisningene er rettskraftig avgjort. I Oslo byfogdembete kjennelse 18.12.10 (TOBYF-2010-172901) har X fått medhold i begjæringen om midlertidig forføyning for samtlige krav, inntil disse er avgjort ved dom i første instans. Korrupsjonsforsøket anføres å være utført *på vegne av* X. Det er altså ikke problematisert om X skal identifiseres med Y dersom det anses bevist at daglig leder i Y er skyldig i forsøk på korrupsjon, og om dette da vil berettige heving og avvisning ovenfor X. Kjennelsen kan derfor ikke tas til inntekt for at søsterselskaper ikke identifiseres i denne sammenheng.

I avvisningsveiledningen s. 15 er spørsmålet om identifikasjon mellom selskaper reist, og det må i følge denne foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, hvor forholdsmessighetsprinsippet må inngå i vurderingen av hva som er rimelig.

Det følger av den ovennevnte uttalelsen i KOFA 2006/153, at identifikasjon kan skje i tilfeller hvor det er tette bånd mellom en formell leverandør og juridiske personer. Dette

¹¹¹ Avvisningsveiledningen s. 13.

er begrunnet i omgåselseshensyn, og nemndas standpunkt i saken er at det skal foretas en konkret vurdering av om identifikasjon fremstår som naturlig.

I selskapsretten er hovedregelen at både aksje/allmennaksje og ansvarlige selskaper er selvstendige juridiske personer. Innad i konsernforhold er også hovedregelen at hvert enkelt konsernselskap er juridisk selvstendig.¹¹² Som følge av det tette forholdet mellom selskaper innad i et konsern, inneholder lovgivningen likevel enkelte regler som knytter rettsvirkninger til konsernforhold. Et eksempel er reglene om ansattes representasjon i konserner i aksjeloven § 6-5. Det er dette tette forholdet mellom selskapene som gjør at det er grunn til å reise spørsmål ved om selskapene bør identifiseres når et av dem har gjort seg skyldig i korrupsjon. Identifikasjon kan på den annen side virke urimelig i tilfeller hvor et selskap i en selskapsgruppe har opptrådt i strid med en felles selskapspolitikk, etiske retningslinjer og rutiner mot korrupsjon, og hvor handlingen ikke på noen måte samsvarer eller tilgodeser interessene i de andre selskapene. Det bør derfor ikke oppstilles noen enten- eller regel. Konklusjonen på spørsmålet blir derfor at det som angitt i avvisningsveiledningen og KOFApraksis bør foretas en konkret vurdering i de enkelte tilfelle av om identifikasjonen vil være forholdsmessig, rimelig og naturlig.

6.1.1.2.6 Kravet om rettskraftig dom

Kravet om “rettskraftig dom” i FOA §§ 11-10 og 20-12 (1) e reiser videre spørsmål ved om vedtatte forelegg skal likestilles med rettskraftige dommer ved anvendelsen av bestemmelsen, slik at et vedtatt forelegg for korrupsjon, vil medføre at avvisningsplikt oppstår.

Ordlyden er klar, og angir at det kun er rettskraftige dommer som medfører avvisningsplikt. I straffeprosessloven § 258 (1) gis overordnet pålegg adgang til å oppheve forelegget, men av 2. ledd følger at “for øvrig har et vedtatt forelegg virkning som dom.” Når forelegg ellers skal ha samme virkning dommer, taler dette for at det bør kunne likestilles med dommer i forhold til FOA §§ 11-10 og 20-12 (1) e. EU-direktivet gir ingen klare anvisninger for dette spørsmålet. I avvisningsveiledningen s. 8

¹¹² Woxholth (2007) s. 98-99 og 315-316.

fremkommer det at departementet mener at det innenfor EØS-avtalen er adgang til nasjonalt å fastsette om forelegg skal likestilles med rettskraftig dom i denne sammenheng. Spørsmålet er diskutert i juridisk teori, men konklusjonene er sprikende. Det er anført at ved å likestille forelegget med rettskraftig dom, vil det medføre at påtalemyndigheten kan frata virksomheter retten til å konkurrere om offentlige kontrakter.¹¹³ Videre at et så inngripende tiltak uten klar lovhjemmel er betenkelig ut ifra legalitetsprinsippet.¹¹⁴ På den annen side, anføres at vedtatte forelegg faktisk medfører en rekke sivilrettslige konsekvenser for fysiske personer, og det bør da være mindre betenkelig at det vil oppstå en slik sivilrettslig konsekvens for et foretak.¹¹⁵ Det argumenteres også med at effektiv håndhevelse av reglene taler for at forelegget likestilles.¹¹⁶ Ved påtalemyndighetens valg mellom tiltale og forelegg vektlegges i praksis andre forhold enn overtredelsens grovhet. Dersom leverandøren skal gå klar av avvisningsplikten ved å vedta forelegget, vil leverandøren kunne unngå avvisningsplikten i tilfeller hvor det er begått alvorlig økonomisk kriminalitet,¹¹⁷ herunder korrupsjon. For å unngå en slik konsekvens, må påtalemyndigheten da vurdere om forholdet medfører at leverandøren burde avvises ved fremtidige offentlige anskaffelser, noe som klart ligger utenfor deres kjernekompetanse.¹¹⁸ Dette taler for at forelegget omfattes.

Det er åpenbart betenkelig å pålegge en slik plikt som rammer både oppdragsgiver og leverandør uten klarere lovhjemmel. Når det i straffeprosessloven § 258 (2) følger at forelegget har virkning som dom, ligger imidlertid en oppfordring til leverandøren å undersøke hvilke konsekvenser en rettskraftig dom om forholdet medfører, og at slike må påregnes. Leverandøren vil kunne velge å nekte å vedta forelegget og dermed få saken bragt inn for retten, hvor han kan overbevise retten om at forelegget er basert på uriktige faktiske forhold.¹¹⁹ Hensynet til effektiv håndhevelse av reglene, formålet om å motvirke at det offentlige inngår kontrakter med leverandører som er skyldig i økonomisk kriminalitet, samt opprettholdelse av tilliten til at offentlige anskaffelser

¹¹³ Myhre (2008) s. 229.

¹¹⁴ Op. cit. s. 230.

¹¹⁵ Trygstad (2008) s. 383.

¹¹⁶ L.c.

¹¹⁷ L.c.

¹¹⁸ L.c.

¹¹⁹ L.c.

skjer på en redelig måte,¹²⁰ taler også for at offentlige oppdragsgivere ikke inngår kontrakter med leverandører som har vedtatt slike forelegg. Jeg kommer derfor til at vedtatte forelegg omfattes av avvisningsplikten, men at dette likevel burde fremgå klarere av bestemmelsen. Et vedtatt forelegg for korrupsjon vil dermed medføre at avvisningsplikt oppstår.

6.1.1.3 Oppdragsgivers rett til å avvise leverandøren

I forskriften §§ 11-10 (2) e og 20-12 (2) e er oppdragsgiver gitt rett til å avvise leverandører som “i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje.”

Bestemmelsen angir ikke nærmere hvilke konkrete forhold som vil medføre at oppdragsgiver får en slik rett. Det fremgår av veiledningen s. 161 at både brudd på straffebestemmelser og brudd på profesjonens etiske retningslinjer omfattes av denne bestemmelsen. Når leverandøren gjør seg skyldig i korrupsjon, omfattes dette åpenbart. Det følger av avvisningsveiledningen s. 20 at bestemmelsen gir oppdragsgiver mulighet til å vurdere om det er hensiktsmessig og ønskelig og avvise en leverandør når det foreligger slike forhold. Videre at bestemmelsen særlig vil kunne anvendes der det etter en vurdering av et uomtvistet faktum anses å foreligge alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav, men hvor det er tvil om forholdet skal bedømmes som straffbar korrupsjon.¹²¹

Det fremgår også av veiledningen s. 161 at oppdragsgiver må vurdere en avvisning opp mot proporsjonalitetsprinsippet. Vurderingstemaet er angitt ved at “[f]orsømmelsen må være vesentlig og relevant for den konkrete anskaffelsen.” Videre at det vil ha betydning hvor alvorlig forseelsen er, tiltak leverandøren har gjort for å unngå nye forseelser, om det er en engangsforseelse eller gjentatte brudd og hvor lenge det er siden bruddet skjedde. Forholdsmessighetsvurderingen er nærmest tilsvarende den som skal foretas under utøvelse av pliktig avvisning, som drøftet i punkt 6.1.1.2 til 6.1.1.2.5.

¹²⁰ Avvisningsveiledningen s. 1.

¹²¹ Op.cit. s. 6.

I KOFA 2006/153 ble avvisning ansett som rettmessig fordi daglig leder og største aksjonær som leverandøren måtte identifiseres med, tidligere hadde mottatt en rekke utilbørlige fordeler, som reiser, gaver, middager og lignende i sitt yrke. Dette ble ansett som uetisk samrøre og alvorlig forsømmelse mot etiske bransjekrav. I denne saken ble det også påpekt at avvisning er en

“[a]lvorlig sak for den det gjelder og må derfor skje under iakttagelse av god forvaltningsskikk, jfr. også lovens § 5 første ledd (...). I dette ligger at klager [leverandøren] etter en konkret vurdering av omstendighetene normalt må få rimelig anledning til å imøtegå beskyldninger om bransjeetiske forsømmelser.”¹²²

Hensynet til leverandørens rettssikkerhet og forsvarlig prosess taler for at det må oppstilles et slikt kontradiksjonskrav, og at det foreligger tilstrekkelige bevis. Om beviskravene viser jeg til drøftelsen i punkt 4.2.1.

I KOFA 2008/2 omtalt i punkt 4.3.2 anså nemnda avvisning som rettmessig etter et enkelttilfelle med fremsettelse av tilbud om middag og revybilletter. Det viser at den nedre grense for avvisning kan være lavere.

¹²² Premiss 115.

6.2 Øvrige rettslige konsekvenser for oppdragsgiveren når denne eller en som handler på dennes vegne har gjort seg skyldig i korrupsjon under prosessen

Her behandles adgangen til å ilegge oppdragsgiver overtredelsesgebyr i henhold til loven § 7b. Det er også mulig at oppdragsgiver kan ilegges foretaksstraff etter straffeloven § 48a. Dette drøftes ikke nærmere her av hensyn til oppgavens avgrensning.

6.2.1 Overtredelsesgebyr ved ulovlig direkte anskaffelse

Det følger av loven § 7b (1) at “oppdragsgiver kan ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse.” En ulovlig direkteanskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til kunngjøringsreglene i forskriften, jf. 2 punktum. Vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr fattes av KOFA, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1.

Det følger av ot.prp.nr.62 (2005-2006) s. 26 at skyldkravet gjelder både det faktiske og det rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det følger videre av 2. ledd hvilke momenter som skal inngå ved avgjørelsen av om gebyr skal ilegges. Blant disse er “overtredelsens grovhet”, “størrelsen på den ulovlige anskaffelsen” og “gebyrets preventive virkning.” Det mest praktiske i et slikt tilfelle er at oppdragsgiver eller en som handler på dennes vegne har unnlatt å kunngjøre anskaffelsen for at kontraktsinngåelsen ikke skal bli kjent i markedet, og dermed minske risikoen for at korrupsjonen oppdages. Skyldkravet vil da åpenbart være oppfylt.

Etter ordlyden og forarbeidene¹²³ ilegges imidlertid overtredelsesgebyret oppdragsgiver som juridisk person, og ikke den enkelte ansatte som foretar den ulovlige direkteanskaffelsen. Det kan derfor stilles spørsmål ved om bestemmelsen får anvendelse når en enkelt ansatt har foretatt en direkteanskaffelse for å skjule at denne har begått korrupsjon. Bestemmelsen skal hindre ulovlige direkteanskaffelser, og

¹²³ Ot.prp.nr.62 (2005-2006) s.26.

gebyrets preventive virkning i dette henseende er et av momentene som skal vurderes etter 2. ledd. Når en direkteanskaffelse er foretatt som ledd i korrupsjonsforbrytelse, faller det på siden av anvendelsesområdet. Bestemmelsen har derfor neppe praktisk betydning i slike tilfeller.

6.3 Rettslige konsekvenser for den eller de enkelte ansatte hos oppdragsgiver som gjør seg skyldig i korrupsjon under prosessen

Spørsmålet er her om anskaffelsesregelverket inneholder rettslige konsekvenser for den enkelte ansatte hos oppdragsgiver som gjør seg skyldig i korrupsjon under anskaffelsesprosessen.

Regelverket inneholder ingen rettslige konsekvenser som kan anvendes når en ansatt gjør seg skyldig i korrupsjon under prosessen. Under dette spørsmålet må regelverket sees i sammenheng med straffelovens bestemmelser om korrupsjon, og sivilrettslige regler om mislighold av arbeidskontrakt. Straffebud om korrupsjon har sin naturlige plass i straffeloven.¹²⁴ Reglene om sanksjoner ved mislighold av arbeidskontrakt har på samme måte sin plass i tjenestemannsloven¹²⁵ og arbeidsmiljøloven.¹²⁶ Disse sanksjonene behandles ikke nærmere, av hensyn til oppgavens ramme.

¹²⁴ Straffeloven §§ 276a-276c.

¹²⁵ Tjenestemannsloven §§ 15, 16 og forbudet mot å motta gaver i § 20.

¹²⁶ Arbeidsmiljøloven §§ 15-13 og 15-14.

7 Vurdering av om virkemidlene ved regelbrudd er egnet til effektivt å avverge og begrense korrupt tildeling av oppdrag

7.1 Innledning

I dette kapitlet vil jeg i punkt 7.2 foreta en vurdering av hvorvidt virkemidlene ved regelbrudd er egnet til effektivt å avverge og begrense korrupt tildeling av oppdrag. Deretter følger i punkt 7.3 en kortfattet redegjørelse for de lovendringer som er foreslått for å følge opp nye regler i EU om håndhevelsen, og til slutt i punkt 7.4 en sammenfatning.

I vurderingen er det viktig å være bevisst på at reglene om virkemidler ved regelbrudd i anskaffelsesregelverket er utformet i sammenheng med regler i andre lover som kommer til anvendelse når oppdragsgiver og/eller leverandøren begår korrupsjon. Av stor betydning er regler om strafferettslige, tjeneste- og arbeidsrettslige reaksjoner. Som nevnt i punkt 1.5 er det også andre regler i selve anskaffelsesregelverket som også virker korrupsjonsforebyggende enn virkemidlene ved regelbrudd. Disse reglene behandles imidlertid ikke nærmere her.

7.2 Vurdering av de rettslige virkemidlene ved regelbrudd

Gjennomgangen av virkemidlene ved regelbrudd har vist at virkemidlene er generelt utformet for ulike typer av brudd på regelverket. Det er kun reglene om utelukkelse ved offentlige anskaffelser som er rettet mot spesielle former for regelbrudd, slik som korrupsjon. Drøftelsen har vist at regelverket ikke regulerer alle spørsmål som oppstår når det avdekkes korrupsjon i forbindelse med prosessen, og at noen spørsmål bare er delvis regulert.

Virkemidlene er hovedsakelig basert på at rettighetshaverne, altså leverandørene, skal angripe regelbrudd. Dette forutsetter at leverandørene får kjennskap til at det er begått korrupsjon, og at de ønsker og har ressurser til å gå videre med opplysningene.

Leverandørenes mulighet til å avdekke og angripe et slikt regelbrudd, forvanskes av at partene som er involvert i korrupsjonen åpenbart vil skjule dette regelbruddet i langt større grad enn andre regelbrudd. Som følge av dette er det grunn til å tro at ordningen med leverandørhåndheving ikke fungerer like effektivt ved korrupsjon som ved mer ordinære regelbrudd.

Når regelbruddet har form av et straffbart forhold, kompliserer det også anvendelsen av de foreliggende virkemidlene. De skjerpede beviskrav som oppstilles ved slikt belastende bevistema, forvansker både adgangen til å få domstolens tilsidesettelse av oppdragsgivers beslutning og få erstatning.

Et annet praktisk problem er at begjæring om midlertidig forføyning ikke har oppsettende virkning. Når oppdragsgiver får varsel om forhandling om midlertidig forføyning i henhold til tvl. § 32-7 (1), kan han fremskynde kontraktsinngåelsen for å unngå forføyningen. Selv om det er adgang til å beslutte forføyning uten muntlig forhandling, jf. tvl. § 32-7 (2) vil det i tidsrommet mellom fremsettelsen og beslutningen om begjæringen, foreligge en risiko for at kontrakten inngås, og at forfølgningen av kravet dermed vanskeliggjøres for leverandøren. For å sikre at kontrakten ikke inngås, bør begjæringen gis oppsettende virkning frem til beslutningen fattes.

Reglene om avvisningsrett- og plikt er svært praktiske, og er trolig de sanksjonene i regelverket som mest effektivt kan avverge og begrense korrumpert tildeling av oppdrag. Foruten å forhindre at leverandører som har begått korrupsjon tidligere eller under en aktuell prosess, inngår kontrakter med det offentlige, virker reglene også preventivt, ved å oppstille en slik sanksjon som kan medføre store tap for den skyldige leverandør. Slik reglene er utformet, besvarer de ikke alle spørsmål som oppstår under anvendelsen, og reglene gir også rom for ulike tolkninger. Dette avhjelpest av veilederen som er utarbeidet til reglene, men for oversiktens og enkelthetens skyld, burde hovedlinjene som i denne er utarbeidet for tolkningen, inntas direkte i forskriften for å klargjøre reglene. Reglene bør være lett tilgjengelige, spesielt fordi regelverket anvendes av mange ikke-jurister.

For oppdragsgiver er det viktig å anvende reglene korrekt for å unngå erstatningskrav. For den avviste leverandør er det viktig at reglene gjør det mulig for han å vurdere om avvisningen er rettmessig, slik at han kan angripe den dersom reglene ikke er anvendt korrekt. For andre leverandører er det nødvendig å kunne vurdere om det foreligger en avvisningsplikt som oppdragsgiver ikke har oppfylt, slik at disse kan ta rettslige skritt for å stanse kontraktsinngåelsen, og/eller kreve erstatning.

De skjønnsmessige vurderingene som reises under rekkevidden av bestemmelsene, herunder forholdsmessighetsvurderingen og identifikasjonsspørsmålet, er det vanskelig

å lovregulere, men hovedtrekkene burde likevel fremgå av forskriften. Særlig slik regelen er tolket når det gjelder identifikasjonsspørsmålet, gir det en mer effektiv anvendelse av reglene når leverandøren som juridisk person kan identifiseres med både andre juridiske personer og fysiske personer med tilknytning til selskapet under nærmere angitte omstendigheter. Ved å innta dette i forskriften, vil oppdragsgivere få kjennskap til denne identifikasjonsmuligheten på en enklere måte, noe som vil gjøre at flere vil benytte seg av den, og dermed øke regelens effektivitet.

Det er også grunn til å peke på skillet mellom virkemidler som kan anvendes før og etter kontraktsinngåelse. Leverandørene har mulighet til å stanse kontraktsinngåelsen når de angriper en tildelingsbeslutning før inngåelsen, mens de etter inngåelsen er henvist til å kreve erstatning. Etter kontraktsinngåelsen er det oppdragsgiver som eventuelt må avslutte kontrakten når det er begått regelbrudd, og det burde derfor fremgå klarere av lovverket om det medfører en plikt til å avslutte/heve kontrakten når det er begått korrupsjon i forbindelse med kontraktstildelingen.

Terskelen for å benytte seg av de ulike virkemidlene varierer etter hvor mye ressurser som kreves for å benytte dem, og hvor stor prosessrisiko de medfører. Dette vises ved den store pågangen av klager til KOFA, og det langt lavere antallet domstolsavgjørelser.

Ettersom klageadgangen til oppdragsgiver og departementet både er forholdsvis enkle, kostnadsfrie og effektive midler for å angripe en urettmessig kontraktstildeling, burde klage- og henvendelsesadgangen fremkomme tydeligere i regelverket. Det bør inntas en egen bestemmelse om at oppdragsgiver plikter å behandle alle klager om korrupsjon, og at disse må behandles før kontraktsinngåelse dersom de inngis på dette tidspunktet.

7.3 Nye håndhevelsesregler vedtatt i EU

I desember 2007 ble et nytt direktiv om håndhevelsesregler for offentlige anskaffelser vedtatt i EU, direktiv 2007/66/EF. Det var to hovedformål med dette. Det ene var å styrke klagemulighetene før kontrakt inngås, ettersom de tilgjengelige midlene ikke var tilstrekkelig effektive. Det andre var at ulovlige direkte anskaffelser skulle bekjempes med sterkere midler.¹²⁷ Håndhevelsesutvalget har arbeidet med å utrede og anbefale hvordan de nye håndhevelsesreglene mest hensiktsmessig kan gjennomføres i norsk rett, og dette har resultert i NOU 2010:2. I dette kapitlet vil jeg vurdere om utvalgets forslag vil avhjelpe de manglene ved regelverket som jeg har påvist.

Lovforslaget inneholder store endringer i lov og forskrift. Her behandles kun endringene som vedrører håndhevelsesreglenes effektivitet i forbindelse med avverging og begrensnig av korrupt kontraktstildeling.

Lovforslaget gir nye regler om innholdet i oppdragsgivers meddelelse om kontraktstildeling og karenperiode før kontrakt kan inngås. For anskaffelser over terskelverdiene oppstilles i utkastet en minimumfrist til karenperioden. Fristen skal være minst 10 eller 15 dager avhengig av kommunikasjonsmiddel, jf. forskriftutkastet § 22-3. Denne fastsatte fristen innebærer en styrking av leverandørenes klageadgang, ettersom de nå vil ha krav på denne tiden til rådighet for å klage. For anskaffelser regulert av kapittel II, er det fremdeles bare krav om “rimelig tid” som karenperiode. En annen etterspurt endring, er regelen om at begjæring om midlertidig forføyning skal suspendere oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt fra den fremsettes til tingretten har behandlet den. Regelen er gitt i forskriftutkastet § 22-3a, men er kun gitt for anskaffelser over terskelverdiene. Dette vil gi adgangen til å begjære midlertidig forføyning større realitet, ettersom oppdragsgiver da ikke lenger kan forhindre forføyningen ved å inngå kontrakten før retten har behandlet begjæringen. Sammen med kravet om karenperiode vil leverandørene sikres at de får en periode til rådighet hvor de kan fremsette en begjæring om midlertidig forføyning som oppdragsgiver ikke kan omgå.

¹²⁷ NOU 2010:2 s.39.

Disse rettighetene sikres ved at brudd på reglene sanksjoneres med sterke midler. Når brudd på en av disse rettighetene har fratatt leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelsen, og det samtidig er begått andre brudd på forskrifter gitt i medhold av loven, som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, skal kontrakten kjennes uten virkning etter lovforslaget § 13c og forskriftutkastet § 22A-1. Dersom det kun er reglene om suspensjon eller karenstid som er brutt, skal kontrakten avkortes eller oppdragsgiver ilegges et overtredelsesgebyr, jf. lovforslaget § 14 og forskriftutkastet § 22A-2. Disse sanksjonene kommer imidlertid kun til anvendelse ved anskaffelser over terskelverdiene.

Avkortning og overtredelsesgebyr er bare aktuelt ved ulovlige direkteanskaffelser for anskaffelser under terskelverdiene, ikke andre regelbrudd.

Felles for både anskaffelser under og over terskelverdiene er at oppdragsgiver kun kan ilegges de ovennevnte sanksjonene dersom leverandøren reiser søksmål innen ett år fra kontrakt er inngått, jf. forskriftutkastet §§ 13A-2 (1) og 22A-3 (1).

Generelt vil de nye reglene gi leverandørene mer effektive klageprosedyrer som kan bidra til å forhindre kontraktstildeling hvor korrupsjon er innvirkende, og dette på et så tidlig tidspunkt som mulig. Spesielt formålstjenlige i denne sammenheng er minsteferien til karenstiden og reglene om at begjæring om midlertidig forføyning suspenderer kontraktsinngåelsen. Det samme gjelder leverandørens mulighet til å få en ulovlig tildelt kontrakt hevet (kjent uten virkning), dersom vilkårene i lovforslaget § 13 er oppfylt. Leverandørene utstyres altså med sterkere sanksjonsmuligheter enn tidligere.

Etter min mening er det en svakhet ved forslaget at de samme endringene ikke innføres under terskelverdiene. Det er et stort antall anskaffelser som foretas under terskelverdiene, og det er behov for mer effektive klagemuligheter også her. Jeg går ikke inn på noen avveining av hensynene som ligger bak utvalgets beslutning om dette, da det fører for langt i forhold til oppgavens ramme.

Utover disse endringene avhjelpes ikke de manglene jeg har påvist i regelverket.

7.4 Sammenfatning

Samlet inneholder anskaffelsesregelverket, sammenholdt med regler i andre lover, et vidt spekter av sanksjoner når det begås korrupsjon under anskaffelsesprosessen. Regler om strafferettslige, tjeneste- og arbeidsrettslige sanksjoner virker preventivt og gjenopprettende. Virkemidlene ved brudd på anskaffelsesregelverket har et noe annet virkeområde enn disse sanksjonene. Det sentrale ved de fleste virkemidlene er at leverandørene skal angripe regelbrudd for at konkurransen skal gjennomføres rettmessig ovenfor dem, og i den forstand virke gjenopprettende. Ved hjelp av disse virkemidlene vil det også være mulig å avverge regelbrudd ved korrupsjon, selv om anvendelsen av virkemidlene i slike tilfeller kompliseres av at regelbruddet har form av et straffbart forhold. Avvisningsreglene er i større grad utformet som tradisjonelle sanksjoner.

Sammenfatningsvis kan det konkluderes med at de rettslige virkemidlene ved brudd på regelverket, langt på vei er egnet til å avverge og begrense korrupt tildeling av oppdrag. Som påvist har reglene likevel forbedringspotensiale. Endringer kan gjennomføres for å øke reglenes effektivitet, og avklare uklarheter. Regelendringer kan likevel ikke fullt ut avhjelpe problemet med at leverandørene vil ha større vanskeligheter med å oppdage et slikt alvorlig straffbart regelbrudd som korrupsjon, enn mer ordinære regelbrudd. Noe som medfører at leverandørhåndheving kan være mindre effektivt i slike tilfeller.

8 Litteraturliste

8.1 Lover

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62.

1999 Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven/offanskl.) av 16. juli 1999 nr. 68.

1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44.

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.

1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 4. mars 1983 nr. 3.

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25.

1969 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26.

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967.

1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.

1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.

8.2 Forskrifter

Forskrift om offentlige anskaffelser 2006-04-07 nr. 402.

Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) 2006-04-07 nr. 403.

Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser 2002-11-15 nr. 1288.

8.3 Forarbeider

Ot.prp.nr. 73 (2006-2007) Om lov om endring i lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (gjennomføring av Europarådets sivilrettslige konvensjon om korrupsjon).

Ot.prp.nr. 62 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

Ot.prp.nr.71 (1997-1998) Om lov om offentlige anskaffelser.

Ot.prp.nr. 65 (1990-1991) Tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven).

NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser.

NOU 2003:30 Ny offentlighetslov.

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser.

8.4 Domsregister

Rt. 2008 s. 1705.

Rt. 2008 s. 1473.

Rt. 2008 s. 982.

Rt. 2007 s. 1783.

Rt. 2007 s. 983.

Rt. 2001 s. 1062.

Rt. 1999 s. 977.

Rt. 1999 s. 14.

Rt. 1998 s. 1951.

Rt. 1997 s. 1954.

Rt. 1997 s. 1197.

Rt. 1997 s. 574.

Rt. 1996 s. 864.

Rt. 1995 s. 1641.

Rt. 1993 s. 312.

Rt. 1992 s. 64.

Rt. 1990 s. 1082.

Rt. 1990 s. 688.

Norges Høyesterett ankeutvalg 26.06.09 (HR-2009-1343-U).

Borgarting lagmannsrett kjennelse 26.11.2010 (LB-2010-115884).

Borgarting lagmannsrett dom 21.06.2010 (LB-2009-35191).

Borgarting lagmannsrett dom 02.04.2009 (LB-2008-9283).

Hålogaland lagmannsrett dom 20.06.2009 (LH-2009-45911).

Eidsivating lagmannsrett dom 28.05.2010 (LE-2008-46619).

Oslo byfogdembete kjennelse 08.12.10 (TOBYF-2010-172901).

Oslo byfogdembete kjennelse 22.06.10 (TOBYF-2010-90098).

8.5 Praksis fra KOFA

KOFA 2009/28.

KOFA 2008/32.

KOFA 2008/2.

KOFA 2007/109.

KOFA 2006/153.

8.6 Veiledninger til regelverket om offentlige anskaffelser

“Veileder til reglene om offentlige anskaffelser” (omtalt som “veiledningen” i avhandlingen). Utarbeidet av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, 2006. Finnes på nettside:

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Veileder_reglene_offentlige_anskaffelser_komp.pdf

“Veiledning om rett og plikt til å avvise straffedømte leverandører ved offentlige anskaffelser”/”Avvisning av straffedømte leverandører mv. i forbindelse med offentlige anskaffelser.” (Omtalt som “avvisningsveiledningen” i avhandlingen). Utarbeidet av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, 2011.

Finnes på nettside:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/aktuelt/nyheter/2010/Veiledning-om-rett-og-plikt-til-a-avvise-straffedomte-leverandorer-ved-offentlige-anskaffelser.html?id=630812>

8.7 EU/EØS-kilder

Direktiver

Direktiv 2007/18/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EØS-relevant tekst).

Direktiv 2004/18/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Direktiv 2004/17/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (“forsyningsvirksomhedsdirektivet”).

Direktiv 89/665/EØF Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter.

EFTA-avtaler

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA).

Protokoll 2 om oppgaver og myndighet for EFTAs overvåkningsorgan i forbindelse med offentlig innkjøp (Protokoll 2 til Overvåknings- og domstolsavtalen).

Avgjørelser

Sag C-314/09 Stadt Graz mod Strabag AG, Teerag-Asdag AG, Bauunternehmung Granit GesmbH. Saml. 2010 00000 (Ikke publisert i følge <http://eur-lex.europa.eu/>)

Sag C-568/08 Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. mod Provincie Drenthe. Saml. 2010 00000 (Ikke publisert i følge <http://eur-lex.europa.eu/>)

Sag C-81/98 Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mod Forbundsministeriet for Videnskab og transport. Saml. I-7671.

8.8 Bøker

Hov, Jo. *Rettergang II*. Papinian, 2010.

Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. Fagbokforlaget. Oslo, 2009.

Hauge, Hilde. *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*. Universitetsforlaget. Oslo, 2009.

Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. Samlet utgave ved Kjell Andorsen. Universitetsforlaget, 2008.

Sørensen, Karsten E. og Poul Runge Nielsen. *EU-Retten*. 4. utg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

Woxholth, Geir. *Selskapsett*. 2. utg. 2007.

Høgberg, Alf Petter. *Kontraktstolkning. Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*. Universitetsforlaget, 2006.

Dragsten, Marianne H. og Esther Lindalen. *Offentlige anskaffelser Kommentarutgave*, bind I. Universitetsforlaget, 2005.

Dragsten, Marianne H. og Esther Lindalen. *Offentlige anskaffelser Kommentarutgave*, bind II. Universitetsforlaget, 2005.

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser Kommentarutgave. Inger Roll-Matthiesen ... [et. al.] 2. utg. Kommuneforlaget, 2004.

EØS-rett. Fredrik Sejersted ... [et.al.]. 2. utg. Universitetsforlaget, 2004.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. 2. utg. Universitetsforlaget, 2001.

Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 4. utg. Oslo, 1999.

8.9 Artikler

Simonsen, Lasse. *Sak C-568/08 Combinatie - Erstatning som følge av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser*. Rettsdata, Mars 2011. (Sisert fra Rettsdata).

Trygstad, Kristian Dahle. *Vedtatte foreleggs betydning for avvisningsplikten i forskrift om offentlige anskaffelser*. Lov og rett, 2008 s. 380-384. (Sisert fra Lovdata).

Myhre, Robert. *Avvisningsplikt i offentlige anbudskonkurranser for vedtatt forelegg på korrupsjon m.v.* Lov og rett, 2008 s. 226-230. (Sisert fra Lovdata).

Weltzien, Kurt. *Ulovfestet egenregi i klassisk sektor*. Lov og rett, 2008 s. 483. (Sisert fra Lovdata).

8.10 Henvisninger til nettsider

<http://www.kofa.no/no/Om-KOFA/>

<http://www.kofa.no/no/Leverer-klage/Saksgangen/#1>

<http://www.kofa.no/no/Leverer-klage/Saksgangen/#4>

